

AVIS

L'auteur a autorisé l'Université de Montréal à reproduire et diffuser, en totalité ou en partie, par quelque moyen que ce soit et sur quelque support que ce soit, et exclusivement à des fins non lucratives d'enseignement et de recherche, des copies de ce mémoire ou de cette thèse.

L'auteur et les coauteurs le cas échéant, conservent néanmoins la liberté reconnue au titulaire du droit d'auteur de diffuser, éditer et utiliser commercialement ou non ce travail. Les extraits substantiels de celui-ci ne peuvent être imprimés ou autrement reproduits sans autorisation de l'auteur.

L'Université ne sera aucunement responsable d'une utilisation commerciale, industrielle ou autre du mémoire ou de la thèse par un tiers, y compris les professeurs.

NOTICE

The author has given the Université de Montréal permission to partially or completely reproduce and diffuse copies of this report or thesis in any form or by any means whatsoever for strictly non profit educational and purposes.

The author and the co-authors, if applicable, nevertheless keep the acknowledged rights of a copyright holder to commercially diffuse, edit and use this work if they choose. Long excerpts from this work may not be printed or reproduced in another form without permission from the author.

The University is not responsible for commercial, industrial or other use of this report or thesis by a third party, including by professors.

Université de Montréal

L'expérience comme mode de détermination des faits dans le procès civil

par
Tomáš Troup

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de LL.M.
en droit
option générale

avril, 2008

© Tomáš Troup, 2008



Université de Montréal
Faculté des études supérieures

Ce mémoire intitulé :

L'expérience comme mode de détermination des faits dans le procès civil

présenté par :
Tomáš Troup

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

Adrian Popovici, président-rapporteur
Claude Fabien, directeur de recherche
Ghislain Massé, membre du jury

Le résumé en français et les mots clés français

L'utilisation de l'expérience comme un mode de détermination des faits, c'est-à-dire comme un élément qui comble les lacunes dans l'ensemble des éléments de preuve dans le procès civil, est un thème quelque peu tabou. La doctrine est souvent basée sur la prémisse voulant que le décideur rende une décision uniquement en vertu des éléments de preuve et qu'il doit absolument s'abstenir d'insérer aux constatations quoi que ce soit qui n'est pas présent dans les éléments de preuve. Cette vision est éloignée de la réalité juridique.

Dans la première partie, nous allons aborder les principes procéduraux qui empêchent l'utilisation de l'expérience comme mode de détermination des faits. Ce sont le principe de la reconstruction de l'événement du passé, le principe de l'abstraction des connaissances acquises hors du procès et le principe de l'exclusion de la preuve par ouï-dire. Ensuite, nous portons notre attention sur les différents types d'expérience, c'est-à-dire l'expérience profane, divisible en bon sens et sens commun, et l'expérience scientifique, ainsi sur leurs modes de fonctionnement dans le procès civil. La première partie se termine par une brève confrontation des différents types d'expérience avec les principes procéduraux.

La deuxième partie est consacré à l'analyse de l'expérience dans trois instruments juridiques : la connaissance d'office, la présomption de fait et le témoignage d'expert. Nous nous intéressons principalement à vérifier si l'expérience fonctionne à l'intérieur de ces instruments juridiques comme mode de détermination des faits et ensuite quelles sont les limites que le droit pose à l'expérience dans ce rôle. L'analyse va confirmer que le principal instrument par lequel l'expérience comme mode de détermination des faits pénètre dans le procès civil est la présomption de fait.

Mots clés : procès civil – droit – expérience – bon sens – sens commun – connaissance d'office – présomption de fait – preuve scientifique

Le résumé en anglais et les mots clé anglais

The theme of the use of experience as a mode of fact findings, i.e. as an element which fills the gaps in a totality of evidence in the civil procedure, is somewhat tabooed. The doctrine is frequently based upon the premise that a decision-maker should render a decision solely on the basis of evidence and that he should completely abstain from inserting into the fact findings anything which is not present in the evidence. This vision is distant from the legal reality.

In the first part, three procedural principles which prevent the experience from the use as a mode of fact findings, will be treated. The principles in question are the principle of reconstruction of the past event, the principle of setting aside the knowledge obtained out of the procedure and the principle of exclusion of hearsay evidence. Then the attention is paid to different types of experience (i.e. the lay experience, divisible into "bon sens" and into common sense, and the scientific experience) and to the methods of their functioning in the civil procedure. The first part is concluded by a brief confrontation of different types of experience with the procedural principles.

The second part is dedicated to an analysis of the experience in the three legal instruments: judicial notice, presumption of fact and expert testimony. The interest is focused especially on verification whether the experience works inside the legal instruments as a mode of facts findings and then what are the limits which the law fixes to the experience in this role. The research will confirm that the principal instrument by which the experience as a mode of fact findings penetrates into the civil procedure is the presumption of fact.

Key words : civil procedure – experience – common sense – judicial notice – presumption of fact – expert testimony

Table des matières

INTRODUCTION	1
PARTIE I. LE CONFLIT ENTRE L'EXPÉRIENCE ET LA CONCEPTION CLASSIQUE DE LA PREUVE	5
<i>Chapitre 1. Les principes classiques du procès civil</i>	<i>5</i>
Section 1. Principe de la reconstruction de l'événement du passé.....	6
Section 2. Principe de l'abstraction des connaissances acquises hors du procès	13
Section 3. Principe de l'exclusion de la preuve par ouï-dire	21
 <i>Chapitre 2. Les types de l'expérience et son rôle dans le procès civil....</i>	 <i>22</i>
Section 1. Classification de l'expérience.....	23
Section 2. Modes de l'utilisation de l'expérience	33
 <i>Chapitre 3. Confrontation de l'utilisation de l'expérience avec les principes procéduraux</i>	 <i>48</i>
Section 1. Points de divergence	49
Section 2. Nécessité et opportunité d'utilisation de l'expérience	52
PARTIE II. LES VOIES DE L'EXPÉRIENCE DANS LE PROCÈS CIVIL	57
<i>Chapitre 1. La connaissance d'office.....</i>	<i>57</i>
Section 1. Présence de l'expérience dans la connaissance d'office ...	58
Section 2. Type d'expérience utilisée	68
Section 3. Critères d'utilisation de l'expérience	71
Section 4. Processus d'utilisation de l'expérience et son contrôle.....	74
 <i>Chapitre 2. La présomption de fait</i>	 <i>83</i>
Section 1. Présence de l'expérience dans la présomption de fait.....	84
Section 2. Type d'expérience utilisée.....	89
Section 3. Critères d'utilisation de l'expérience	90
Section 4. Processus d'utilisation de l'expérience et son contrôle.....	97

<i>Chapitre 3. Le témoignage d'expert</i>	104
Section 1. Facteurs potentiels de la controverse	105
Section 2. Compatibilité de l'expérience scientifique avec les besoins du procès civil	106
Section 3. Dissociation entre la source de l'expérience et le décideur	113
CONCLUSION	120

La liste des sigles et des abréviations

a) *La liste des sigles et des abréviations des normes juridiques*

L.R.C.	Lois révisées du Canada
C.c.Q.	Code civil du Québec
C.N.	Code Napoléon
C.p.c.	Code de procédure civil du Québec
Sb.	Sbírký (en tchèque), recueil (en français)

b) *La liste des sigles et des abréviations des recueils de jurisprudences et de tribunaux*

A.2d	Atlantic Reporter, Second Series (1938-)
A.C.	Law Reports, Appeal Cases
All E.R.	All England Law Reports
Alta. Dist. Ct.	Alberta District Court
A.Q.	Arrêts du Québec
A.R.	Alberta Reports
B.R.	Rapports judiciaires de Québec, Cour du Banc de la Reine (en appel)
Bull. civ. civiles	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
C.A.	Recueils de jurisprudence du Québec, Cour d'appel
Cal. Rptr.	West's California Reporter
Civ. 2e	Deuxième chambre civile de la Cour de cassation
C.L.R.	Commonwealth Law Reports
C.M.	Cour municipale
C.Q.	Cour du Québec
C.R.	Criminal Reports
C.S.	Recueils de la jurisprudence du Québec, Cour supérieure
CSOH	Court of Session, Outer House
Doug. K.B.	Douglas' King's Bench Reports (1778-1785)
E.D.La.	Eastern District of Louisiana
F. Supp.	Federal Supplement
F.2d	Federal Reporter, Second Series (1925-1993)

F.3d	Federal Reporter, Third Series (1993-)
J.E.	Jurisprudence Express
K.B.	Law Reports King's Bench
N.S.R.	Nova Scotia Reports
N.W.	North Western Reporter
O.R. (3 d)	Ontario Reports, Third Series (1991-)
P.2d	Pacific Reporter, Second Series (1931-2000)
R.C.S.	Recueil des Arrêts de la Cour suprême du Canada
R.D.F.	Recueil de droit et de la famille
R.D.J.	Revue de droit judiciaire
REJB	Répertoire électronique de jurisprudence du Barreau
R.J.Q.	Recueils de jurisprudence du Québec
R.R.A	Recueil en responsabilité et assurance
Sask. C.A.	Saskatchewan Court of Appeal
S.C.R.	Supreme Court Reports
S. Ct. Calif	Supreme Court of California
S. Ct. Vermont	Supreme Court of Vermont
U.S.	United States Supreme Court Reports
Wash. App.	Court of Appeals of Washington

c) La liste des sigles et des abréviations des articles de revue

Am. Crim. L.R.	American Criminal Law Review
C. de D.	Cahiers de droit
Chi.-Kent L. Rev	Chicago-Kent Law Review
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Harv. L. Rev.	Harvard Law Review
Iowa L. Rev.	Iowa Law Review
J.C.P.	Juris Classeur Périodique
J. Legal Stud.	Journal of Legal Studies
Jurimetrics J.	Jurimetrics Journal
L.S.U.C.S.L.	Law Society of Upper Canada Special Lectures
N.Y.U.L. Rev.	New York University Law Review
Osgoode Hall L.J.	Osgoode Hall Law Journal

R. du B.	Revue du Barreau
R. du B. can.	Revue du Barreau canadien
R.D.U.S.	Revue de droit de l'université de Sherbrook
R.F.D.	Revue Femmes et Droit
R.J.T.	Revue juridique Thémis
R.R.J.	Revue de la recherche juridique
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
Supreme Court L.R.	Supreme Court Law Review
U. Chi. L. Rev.	Univeristy of Chicago Law Review
Va. L. Rev.	Virginia Law Review
V.L.R.	Vanderbilt Law Review
Y.J.L.H.	Yale Journal of Law and the Humanities

Les remerciements

Je tiens à remercier en premier lieu au cabinet d'avocats RAKOVSKÝ & PARTNERS v.o.s. qui m'a accordé un crédit pour le financement de mes études à l'Université de Montréal. Sans ce support, n'importe quelles études à l'étranger auraient été une pure illusion.

Je remercie évidemment M. Claude Fabien, directeur de recherche, dont les nombreux commentaires m'ont permis de comprendre le fondement du « métier » de rédaction d'un travail juridique.

Je dois un grand merci à Amélia Julia Smocot, bibliothécaire de la bibliothèque de droit de l'Université de Montréal. Sans ses services qualifiés, tout aurait été beaucoup plus difficile.

Je ne peux pas évidemment oublier à remercier à ma femme, Pipík, dont encouragements m'ont aidé à surmonter des moments critiques des mes études.

Finalement, je remercie Danièle Raïche, mon partenaire de badminton, pour avoir maintenu mon esprit clair pendant une longue période de rédaction de mémoire.

INTRODUCTION

Le schéma de base du procès judiciaire, y compris le procès civil, est l'application d'une norme juridique aux faits constatés pendant son déroulement. La détermination des faits nécessaires à l'application d'une norme forme ainsi une moitié du procès judiciaire.

La détermination des faits n'est pas cependant effectuée dans un « style libre ». Le procès civil est une partie du droit qui, en tant que système normatif autonome, se caractérise par deux marques: par son ouverture et dépendance et en même temps par son autonomie et indépendance¹. Cela signifie que le droit ne peut ni exister ni évoluer sans la réalité qui se trouve hors de son territoire. En même temps, c'est le droit, comme le souverain dans son domaine, qui décidera quels faits, quels fragments de la réalité il accepte et comment il les absorbe. Ainsi, le procès civil ne pourrait exister sans les faits qui le « nourrissent », mais il a, en même temps, la prérogative de fixer les critères qui déterminent comment ces faits peuvent être reçus, pour ensuite être constatés par le décideur.

Une route principale par laquelle la réalité entre au procès civil est la voie des éléments de preuve. Ces derniers peuvent être décrits comme des « empreintes » que l'événement particulier du passé, en tant que l'objet de la reconstruction faite devant le décideur, a laissées dans la réalité. Ils sont assujettis à certains critères de recevabilité. S'ils satisfont à ces critères, ils « entreront » dans le procès. Ensuite, le décideur essaiera, en vertu de ces empreintes, de déterminer ce qui s'est passé. La route des éléments de preuve est le thème traditionnel de la doctrine et elle est en conséquence profondément analysée et bien décrite.

Toutefois, à côté de cette route principale se trouve une autre voie, ou plutôt un sentier. C'est le sentier de l'expérience, qui peut également servir de mode de détermination des faits. Dans ce cas, l'expérience comble les lacunes dans l'ensemble des éléments de preuve, c'est-à-dire qu'elle se substitue aux

¹ Par exemple Jean CLAM, « *Droit et société dans la sociologie de Niklas Luhmann : fondés en contingence* », Paris, Presses universitaires de France, 1997.

éléments de preuve manquants et devient ainsi le « fait » dans l'histoire reconstruite. L'analyse de ce sentier secondaire à la route des éléments de preuve sera le thème du présent travail.

Nous allons nous demander quelle est la relation entre le procès civil et l'expérience comme le mode potentiel de détermination des faits, quelles sont les raisons théoriques pour lesquelles l'expérience ne devrait pas y entrer et quelles sont les raisons pour lesquelles elle y entre tout de même. Nous allons également nous demander quels types d'expériences sont importés au procès civil, dans quels instruments juridiques cette « contrebande » est habituellement cachée et quels sont les critères au moyen desquels le procès civil tente de contrôler l'afflux de l'expérience dans le procès civil.

Pour éviter les malentendus, il faut faire deux remarques portant sur le thème et sur le vocabulaire utilisé. Premièrement, le thème est relativement étroit parce qu'il est consacré seulement à l'un des nombreux modes selon lesquels l'expérience peut fonctionner dans le cadre du procès civil, soit celui de la détermination des faits. Il peut servir par exemple comme mode d'interprétation du droit ou comme mode d'appréciation des éléments de preuve. Toutefois, ces modes ne seront pas au centre de notre attention. Deuxièmement, il s'avère nécessaire de clarifier le sens de la notion de l'expérience utilisé dans le contexte du présent travail. Cette notion peut avoir plusieurs sens. Nous allons utiliser celui qui désigne une certaine connaissance. Plus concrètement, il s'agit de la connaissance de la façon dont le monde fonctionne habituellement ou de la « *connaissance de la vie acquise par les situations vécues* »². Il est important de mettre en relief le fait que ce sens est abstrait; il s'agit d'une connaissance généralisée, créée par la voie du raisonnement inductif, en vertu de situations vécues concrètes. Ce ne sont pas des situations vécues comme telles.

L'expérience comme mode de détermination des faits dans le procès civil est souvent méconnue. La théorie classique laisse entendre qu'il n'y a

² Paul ROBERT, Josette REY-DEBOVE et Alain REY, « *Le nouveau petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française* », Paris, Dictionnaires Le Robert, 2006, p. 1001.

qu'une seule route menant à la détermination des faits, celle des éléments de preuve. D'après elle, le décideur doit reconstruire l'événement exclusivement sur la base des éléments de preuve. Toute autre manière de la reconstruction serait en contradiction avec les principes « sacrés » de la procédure civile et, dès lors, elle n'existe pas.

Pourtant, l'expérience est en pratique abondamment utilisée dans ce mode. Il faut se rendre compte que l'expérience peut prendre différentes formes. Elle peut être présente, par exemple, sous la forme d'une expérience historique vague, répandue dans une certaine communauté, mais également sous la forme d'une expérience scientifique très concrète.

Son utilisation est tantôt utile, tantôt même indispensable. Toutefois, puisque l'expérience comme type de connaissance généralisée peut offrir tantôt une image de la réalité très exacte, tantôt une image considérablement déformée, son utilisation comme mode de détermination des faits est très délicate.

Le thème du présent travail a été choisi avec l'intention d'apporter une contribution modeste à la compréhension du fonctionnement réel du procès civil. Il n'y a probablement pas d'ouvrages qui traitent le thème du présent travail. Les juristes restent souvent « emprisonnés » dans le réseau des idées et des notions de positivisme juridique ou se concentrent sur le rôle de l'expérience pour la détermination du droit plutôt que pour celle des faits. Les sociologues, vraisemblablement à cause de leur connaissance insuffisante de la procédure civile, restent à un niveau trop abstrait pour aller au cœur du problème. Or, le présent travail n'a pas la nature d'une polémique contre l'opinion concrète d'un auteur. Il s'agit plutôt d'un essai visant à jeter un nouveau regard sur une partie du procès civil.

Le présent travail sera divisé en deux parties. La première partie est conçue comme un certain fondement théorique qui devrait être ensuite utilisé dans la deuxième partie, consacrée à l'analyse concrète de plusieurs instruments juridiques.

La première partie est partagée en trois chapitres. Le premier chapitre traite des principes qui contredisent l'utilisation de l'expérience dans le procès civil, le deuxième se penche sur les types d'expérience qui peuvent entrer dans le procès civil et sur les divers modes selon lesquels l'expérience peut fonctionner. Le troisième contient la confrontation des principes procéduraux avec l'expérience et l'analyse des raisons pour lesquelles l'expérience est, malgré sa contradiction avec les principes procéduraux, utilisée dans le procès civil.

La deuxième partie, s'appuyant sur les acquis de la première, se concentre sur l'analyse concrète de trois instruments juridiques par lesquels l'expérience peut éventuellement pénétrer dans le procès civil. Cette partie est aussi divisée en trois chapitres. Dans le premier, nous allons vérifier la présence de l'expérience comme mode de détermination des faits dans le cadre de la connaissance d'office et, ensuite, les méthodes qui sont utilisées par le procès civil pour contrôler l'afflux de l'expérience. Dans le deuxième, nous allons effectuer la même analyse dans le contexte de la présomption de fait. Dans le troisième, consacré au témoignage d'expert, nous allons nous concentrer sur les raisons pour lesquelles l'utilisation de l'expérience comme mode de détermination des faits est un thème controversé.

PARTIE I. LE CONFLIT ENTRE L'EXPÉRIENCE ET LA CONCEPTION CLASSIQUE DE LA PREUVE

Comme le mentionne l'introduction, cette partie est divisée en trois chapitres. Le premier est consacré à la description de principes classiques qui peuvent inhiber la pénétration de l'expérience au procès civil. Le deuxième traite de l'expérience elle-même, cela signifie qu'il essaie d'abord de classer et de décrire les différents types de l'expérience qui peuvent entrer au procès civil et qu'il décrit ensuite les différents rôles que peut jouer l'expérience dans le procès civil. Le troisième contient la confrontation des principes décrits dans le premier chapitre avec l'expérience décrite dans le deuxième chapitre; il se penche également sur les raisons pour lesquelles l'expérience, malgré sa relation difficile avec les principes de procédure civile, ne cesse pas pénétrer au procès civil. La première partie est terminée par une conclusion partielle.

Chapitre 1. Les principes classiques du procès civil

Avant d'aborder l'expérience comme telle et son rôle dans le procès civil, il s'avère pertinent de traiter brièvement des principes qui peuvent être préalablement censés avoir l'effet inhibitif sur son utilisation dans le procès civil. En d'autres mots, si nous traitons d'un certain point de vue de l'exception des règles procédurales, il faut commencer par les règles elles-mêmes. Sinon, nous allons risquer de ne pas bien comprendre l'essentiel de l'exception.

Il s'agit de trois principes. Premièrement nous allons aborder le principe de la reconstruction du passé, particulièrement son essence et sa place dans le procès civil en concurrence de l'autres principes. Ensuite, nous allons pencher sur le principe de l'abstraction des connaissances acquises hors du procès où l'attention sera concentrée surtout sur sa classification dans la hiérarchie des principes procéduraux et sur son développement historique. Finalement, nous allons faire une très brève description du principe de l'exclusion de la preuve par ouï-dire.

Section 1. Principe de la reconstruction de l'événement du passé

Dans cette section, nous allons d'abord nous pencher sur le fondement et la raison d'être du principe de la reconstruction de l'événement du passé et, ensuite, sur le fonctionnement du principe dans le cadre du procès civil. Cela veut dire notamment comment il « résiste » à la concurrence des autres principes procéduraux et comment le décideur détermine que l'image de la réalité du passé a été déjà reconstruite.

A. Base du principe

Il semble que la base du principe de la reconstruction du passé est étroitement liée avec la technique utilisée pour la décision des litiges. La substance même de cette technique est la comparaison du comportement humain³ avec la norme prescrite pour ce type de comportement. Pour pouvoir faire cette comparaison, il est indispensable que l'événement soit déjà survenu, c'est-à-dire qu'il ait la nature historique par rapport au temps de résolution du litige. Dès lors, nous sommes régulièrement forcés de comparer l'événement du passé avec la norme prescrite.

Relativement exceptionnellement, lorsque le développement de l'événement n'est pas terminé au moment de la décision judiciaire, nous comparons la norme avec les faits anticipés au futur⁴. Néanmoins, ces exceptions, où l'expérience joue sans doute un rôle primordial, ne sont pas l'objet du présent travail.

Chaque norme juridique se décompose en deux parties : l'hypothèse et la conséquence juridique⁵. L'hypothèse détermine les conditions qui doivent être remplies pour que la conséquence juridique soit appliquée. Il s'ensuit que

³ Très souvent, la situation est cependant plus compliquée. Parfois, ce n'est pas le comportement humain auquel la norme juridique est attachée, mais c'est l'événement indépendant de la volonté humaine, dont l'être humain peut être tenu responsable. Parfois pour pouvoir faire la comparaison, il faut aussi reconstruire les circonstances du comportement concerné. Il est ainsi clair que la comparaison ne se borne pas souvent au comportement humain seul, mais l'objet de comparaison est beaucoup plus large. C'est pourquoi nous allons utiliser le terme plus large : « l'événement ».

⁴ Il s'agit, par exemple, des cas de l'évaluation du dommage qui ne se produisait pas encore dans sa totalité, des cas de la détérioration de l'état de la santé au futur, etc.

⁵ Par exemple Jean DABIN, « *Théorie générale du droit* », 3^e éd., Paris, Dalloz, 1969, p. 73.

si l'on compare l'événement du passé avec la norme prescrite, on cherche en effet si l'événement remplit les conditions fixées dans l'hypothèse de la norme.

Pour que cette comparaison ait du sens, il est nécessaire de comparer l'événement concret du passé avec l'hypothèse de la norme. Il ne suffit pas de se contenter de la constatation que, dans telles et telles circonstances, tel événement se produit régulièrement (l'élément de l'expérience). Il faut trouver (ou plutôt prouver) que l'événement allégué dans le cas particulier s'est vraiment produit. Autrement dit, le décideur, qui va appliquer la norme juridique, cherche ladite « vérité », qui consiste en la reconstruction de l'événement concret du passé.

Il s'ensuit aussi de la nature même du principe que la même approche devrait être présente non seulement auprès du décideur, mais aussi auprès des experts participant au procès. Si l'expert est appelé à aider le juge à la reconstruction⁶, il devrait s'efforcer de reconstruire l'événement unique et non l'événement habituel.

Le principe de la reconstruction de l'événement du passé semble découler ainsi directement de la construction de la norme juridique.

Cette démarche méthodologique est parfois appelée approche traditionnelle. Il est possible de déduire de la jurisprudence de la Cour suprême⁷ que cette approche est acceptée au Canada, y compris le Québec.

Néanmoins, pour donner l'image plus complète, il faut ajouter que le principe de la reconstruction de l'événement du passé est récemment l'objet d'une contestation. Dans ce contexte, il est possible de mentionner, à titre d'exemple, l'école de « Legal Economists »⁸ provenant de la *common law* ou la

⁶ Il ne faut pas oublier que les devoirs d'un expert peuvent être bien variés dans le cadre du procès judiciaire et ne sont pas limités uniquement à la reconstruction de l'événement du passé.

⁷ « L'examen porte donc sur les faits et non sur une hypothèse [...] Lorsque le demandeur se fracture une jambe dans un accident d'automobile imputable à la négligence, la question n'est pas de savoir si une personne raisonnable se serait fracturé une jambe, mais si le demandeur en cause s'est fracturé la jambe » (Arndt c. Smith, [1997] 2 R.C.S. 539, par. 40).

⁸ Par exemple Robert COOTER, « Torts as the Union of Liberty and Efficiency: an Essay on Causation », (1987) 63 *Chi.-Kent L. Rev* 523 ; William M. LANDES et Richard A. POSNER,

théorie de la perte de chance⁹ appliquée au droit civil. Ces deux courants ont en commun qu'ils renoncent à la recherche de la vérité, c'est-à-dire à la reconstruction de ce que s'est vraiment déroulé au passé dans le cas particulier. Ils se contentent de la constatation de ce qui se passe habituellement (ce qui peut bien différer de l'événement particulier). Suivant leur raisonnement, il s'avère que l'expérience acquerrait une importance considérable. Ce ne serait presque qu'en vertu d'elle que l'on appliquerait l'hypothèse et, dès lors, la conséquence de la norme juridique. Ces approches seront traitées d'une manière plus détaillée dans la deuxième partie du présent travail, dans le contexte du témoignage d'expert.

B. Fonctionnement du principe

En procédure civile, l'enjeu essentiel est la reconstruction de l'événement concret du passé, la découverte de la vérité. Pour bien apprécier la fonction de l'expérience au procès judiciaire, il faut cependant aller encore plus loin et se demander comment cette recherche de la vérité se réalise dans la pratique de la procédure civile. Cette problématique comporte en effet deux questions : comment la recherche de la vérité s'impose dans la concurrence des autres principes du procès civil et comment le décideur détermine que la vérité a été trouvée.

(i) Relation avec d'autres principes procéduraux

Il faut tenir compte du fait que la recherche de la vérité n'est pas la seule fin de la procédure civile. Celle-ci a au moins deux pôles: l'un relié à cette recherche de la vérité, et l'autre, à l'entretien du caractère contradictoire de la procédure qui garantit l'égalité des parties¹⁰. Il est évident que nous ne

« Casation in Tort Law », (1983) 12 *J. Legal Stud.* 109 ; Steven SHAVELL, « An Analysis of Causation and the Scope of Liability in the Law of Torts », (1980) 9 *J. Legal Stud.* 463.

⁹ Par exemple Jacques BORÉ, « L'indemnisation pour les chances perdues: une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable », (1974) *J.C.P.* 1.2620 ou Isabelle VACARIE, « La perte d'une chance », (1987) 3 *R.R.J.* 903.

¹⁰ S.A. Schieff ne parle pas de deux mais de trois pôles (« *Instead, the common-law trial is a compromise among three historic elements – the search for the truth concerning the litigants' past event, the use and the maintenance of the adversary procedure through which the search is carried on, and manifest fairness to the litigants in the process of settlement* » - Stanley A. SCHIFF, « The use of Out-of-Court Information in Fact Determination at Trial », (1963) 41 *R.*

pouvons pas rencontrer tous les pôles d'une manière totale en même temps. Si l'on s'éloigne beaucoup du pôle de la recherche de la vérité en faveur de celui du principe contradictoire, on parle parfois de la doctrine de la vérité formelle. Si l'on fait le mouvement dans l'autre direction, on entend parler de la doctrine de la vérité matérielle.

Toutes les deux « vérités » conservent la volonté de reconstruire l'événement du passé. Néanmoins, la conception de la vérité formelle se contente de n'importe quelle constatation de l'événement du passé, même tout à fait incroyable au premier coup d'œil, à condition que toutes les règles de procédure pour la reconstruction aient été respectées. Par contre, la conception de la vérité matérielle tient à l'idée qu'il faut toujours s'efforcer de reconstruire d'une manière maximale ce qui s'est vraiment passé et que le résultat de la procédure civile devrait régulièrement et surtout réellement refléter l'événement du passé. La recherche de la vérité est faite cependant sans tenir compte de la volonté des parties portant sur la direction et sur la profondeur de la recherche.

Dans l'histoire du procès occidental, il y a tantôt les époques et les régions qui sont plus proches de la doctrine de la vérité formelle, tantôt celles qui sont plus proches de la doctrine de la vérité matérielle. Quant à la doctrine de la vérité formelle, nous pouvons faire la référence à l'école de « American legal proceduralism », provenant de Harvard après la seconde guerre mondiale¹¹ aussi bien qu'à l'école procédurale en Europe centrale du XVIII^e et du XIX^e siècles¹². Par contre, l'âge d'or pour le principe de la vérité matérielle était sans doute la deuxième moitié du XX^e siècle dans les dictatures

du B. can. 335, 373). Néanmoins, nous pouvons croire que le principe contradictoire et celui de l'égalité des parties sont si étroitement liés que, pour les fins du présent travail, il est possible de les traiter comme un principe unique.

¹¹ Jack M. BALKIN et Sanford V. LEVINSON, « Law and the Humanities: An Uneasy Relationship », (2006) 18 *Y.J.L.H.* 155.

¹² Josef MACUR, « *Postmodernismus a zjišťování skutkového stavu v civilním soudním řízení* », Brno, Masarykova univerzita, 2001, p. 44, 45.

communistes où ce principe avait été appliqué d'une manière absurde et au grand détriment des droits procéduraux des parties¹³.

Actuellement, il s'avère que le procès dans la société occidentale a plutôt tendance à être plus proche du pôle de la vérité matérielle. Des pays postcommunistes, où l'on peut observer la tendance inverse, forment une exception, ce qui est tout à fait compréhensible parce que leur position précédente était extrême. Ce mouvement est perceptible dès la deuxième moitié du XX^e siècle. On s'était rendu compte progressivement qu'en appliquant rigoureusement la « fight theory »¹⁴, l'abîme entre l'événement du passé et ce qui a été souvent constaté dans le cadre du procès civil était trop grand. Les règles de la procédure civile ont donc été complétées par les instruments juridiques qui « trahissent » évidemment le principe contradictoire. Elles imposent aux parties des obligations visant à dévoiler le maximum des « empreintes » de l'événement du passé (des éléments de preuve), même à leur détriment¹⁵. Les règles de la procédure civile donnent aussi au juge plus de pouvoir pour intervenir plus activement au procès¹⁶.

¹³ Par exemple, le code de la procédure tchèque de 1961 contenait, entre autres, la disposition suivante : [la traduction de l'auteur] « *Le tribunal s'efforce d'établir les faits en l'espèce d'une manière la plus complète que possible. Il décide quelles preuves suggérées seront produites et il produira aussi d'autres preuves que celles qui ont été suggérées* » (art. 120 de la loi 99/1963 Sb., Code de procédure civile, dans la teneur originale).

¹⁴ Dans ce contexte, voir par exemple l'article de Samuel WEX, « *Judicial Intervention: The «Truth» Theory Versus the «Fight» Theory* », (1974) 34 *R. du B.* 220 ou l'extrait de National Conference of State Trial Judges (États-Unis), National Judicial College (États-Unis) et American Bar Association, « *The judge's book* », 2^e éd., Chicago, American Bar Association ; National Judicial College, 1994, p. 48 (« *We operate under the adversary system, but what that means differs from person to person and from time to time. The basic premise of the system is that a decision maker is more likely to reach a correct result if both sides of an issue are fully presented, and that both sides are more likely to be fully presented if they are presented by partisan advocates, i.e., people with something to gain or lose. [...] This desire to win, however, may also induce a party to withhold evidence favorable to the other side, thus hindering the ascertainment of the truth. Trial by trick and ambush used to be order of the day. It was not until the last quarter of a century that judges began to realize that the old view of the adversary system did not produce justice, and rules of the discovery began to develop. Today full discovery is recognized as an essential part of the adversary system in both civil and criminal cases* »).

¹⁵ Par exemple art. 168.8 C.p.c. (« *Le défendeur peut demander l'arrêt de la poursuite pour le temps fixé par la loi ou par le jugement qui fera droit à sa requête : [...] lorsqu'il a droit d'exiger que le demandeur lui communique une pièce que ce dernier entend invoquer lors de l'audience* »).

¹⁶ Par exemple art. 318 C.p.c. (« *Le juge peut poser au témoins les questions qu'il croit utiles selon les règles de la preuve* »).

Il peut être ainsi *grosso modo* constaté que, malgré la pluralité des principes à observer dans le contexte du procès civil, la reconstruction de l'événement du passé, réalisée de telle manière que son résultat corresponde le plus parfaitement possible à l'événement du passé, demeure la priorité de la procédure civile¹⁷.

(ii) Critère de la découverte de la vérité

Après que nous nous soyons assurés que la reconstruction « sincère » de l'événement du passé est un principe prioritaire au procès civil, il vaut aussi la peine de se demander comment le décideur détermine le fait que la vérité a été trouvée.

Pour décrire cette démarche intellectuelle, la *common law* ainsi que le droit continental utilisent leur propre théorie. La *common law* parle de la théorie de la preuve légale, et le droit continental, de celle de l'intime conviction¹⁸. Ces deux théories sont souvent présentées comme antinomiques. La théorie de la preuve légale force le décideur à trancher le litige uniquement selon les éléments de preuve produits au cours du procès judiciaire, en faisant abstraction de sa propre opinion sur le dossier (« *facts cannot lie* »). À l'autre extrémité, il y a la théorie de l'intime conviction selon laquelle le décideur tranche le litige suivant son intime conviction qu'il a trouvé la vérité. Cette

¹⁷ Voir aussi l'opinion identique de M. Royer (« *La recherche de la vérité objective prime le "fair-play" formel* » - Jean-Claude ROYER, « *La preuve civile* », 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003, n° 52, p. 25).

¹⁸ M. Royer classe la théorie de l'intime conviction comme un élément régulièrement présent dans les dictatures et les sociétés totalitaires (Id., note 17, p. 5). Cette opinion semble être douteuse. Cette théorie est traditionnellement présente au moins en Europe centrale, indépendamment de la nature du régime politique y régnant (voir par exemple Hanns PRÜTTING, « *Gegenwartsprobleme der Beweislast* », Köln, C.H. Beck Verlag, 1983 ou Clara TOURNIER, « *L'intime conviction du juge* », Aix-en-Provence, Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 2003). Ses racines peuvent être dépistées par exemple déjà dans le droit romain qui utilise le mot « *sententia* » (l'opinion) pour désigner le jugement (« *Le juge doit examiner surtout la quaestio facti, le problème de la preuve. À cet égard il est complètement libre, bien que cette liberté se trouve limitée par le caractère public de sa fonction, et par la pression sociale du milieu auquel il appartient, qui l'obligent à considérer les critères de conviction courants. Mais la preuve est la conviction du juge, c'est pourquoi la décision s'appelle sententia, c'est-à-dire opinion, avec toute la charge sémantique de subjectivité que comporte ce mot* » (José-Javier de los MOZOS-TOUYA, « *Le juge romain à l'époque classique* », dans Jean-Marie CARBASSE et Laurence DEPAMBOUR-TARRIDE (dir.), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, Presses Universitaires de France, 1999, p. 49, à la page 57).

conviction peut être éventuellement complètement détachée du message émanant des éléments de preuve produits.

La description de cette antinomie est évidemment extrême. Elle avait pu correspondre à la pratique pendant certaines époques historiques, mais à l'époque actuelle les deux théories sont très proches. D'une part, il s'avère improbable que le juge dans n'importe quel système actuel occidental, en cherchant la vérité, fasse l'abstraction complète de son impression interne par rapport au dossier. Pour que le juge donne raison à certaines allégations, il doit avoir nécessairement une certaine croyance, une conviction que l'événement s'est vraiment produit¹⁹. Cet avis peut d'ailleurs être appuyé sur la doctrine en *common law*²⁰. Ainsi, même dans la *common law*, la recherche de la vérité est conditionnée par l'intime conviction (« *belief* ») du décideur. D'autre part, la théorie de l'intime conviction dans sa forme pure n'était en effet jamais défendue par la doctrine et appliquée par les tribunaux²¹. L'intime conviction du décideur est toujours limitée par les preuves produites.

Nous pouvons résumer à la fin de cette section que le principe de la reconstruction la plus parfaite que possible de l'événement concret du passé est

¹⁹ Sinon, la profession de juge deviendrait, au moins du point de vue psychique, extrêmement exigeante.

²⁰ Voir, par exemple, l'opinion de F. James (« *The usual formulation of the test in civil cases is that there must be a preponderance of evidence in favor of the party having the persuasion burden (proponent) before he is entitled to a verdict. [...] The general statement [...] is usually explained as referring not to the number of witnesses or quantity of evidence but the convincing force of evidence. This common form of statement has been criticized as calling for an objective appraisal of the evidence rather than a subjective appraisal of its persuasive effect on the mind of the trier. As a perceptive writer pointed out, "perception of the preponderance of evidence is quite consistent with want of belief". All would agree that what counts is the jury's belief in the existence (or non-existence) of the disputed fact, and the extent to which the evidence actually produces that belief; surely we are not seeking the jury's estimate of the weight of evidence in the abstract, apart from its power actually to convince or persuade them. Moreover it is doubtful whether such abstract weighing can be done (except quantitatively as by counting noses). For this reasons a more meaningful and accurate statement would require the jury to believe that the existence of a fact is more probable than its nonexistence before they may find in favor of the party who has the burden to persuade the trier of the fact's existence* » - Fleming JAMES, « Burdens of Proof », (1961) 47 *Va. L. Rev.* 51, 53, 54). L. Ducharme en tant que représentant du procès civil, influencé par la *common law*, s'exprime d'une manière pareille (« *La conviction du juge en l'existence de droit réclamé est la condition nécessaire de son intervention. Celui qui est dans l'impossibilité de prouver son droit, c'est-à-dire de convaincre le juge de son existence, ne pourra donc l'obtenir* » - Léo DUCHARME, « *Précis de la preuve* », 6^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, p. 1).

²¹ [Traduction de l'auteur] « *Dans cette pure forme, la théorie subjective n'était en effet jamais généralement plaidée, ni dans la théorie, ni dans la pratique judiciaire* » (J. MACUR, op. cit., note 12, p. 133).

une priorité de chaque procès judiciaire occidental et que l'accomplissement de la reconstruction de l'événement du passé est, dans le droit continental aussi bien que dans la *common law*, déterminée finalement par l'intime conviction du décideur.

Toutefois, l'intime conviction n'est en effet que le résultat de l'utilisation de l'expérience profane comme mode de l'appréciation des faits²². Or, même au cœur du principe qui devrait inhiber l'utilisation de l'expérience, il y a d'une manière paradoxale un certain espace pour l'application de l'expérience.

Section 2. Principe de l'abstraction des connaissances acquises hors du procès

Cette section sera consacrée aux deux sujets principaux. Premièrement, nous allons analyser la place occupée par le principe de l'abstraction des connaissances acquises hors du procès dans le système des principes de base du procès civil, ainsi que la substance du principe. Deuxièmement, nous allons introduire une parenthèse historique du développement du principe pour démontrer que sa reconnaissance actuelle n'est pas évidente.

A. Base du principe

Nous avons vu que le fondement de la reconstruction de l'événement concret du passé allait plus ou moins de soi. Par contre, la base du principe de l'abstraction des connaissances acquises hors du procès n'est pas si naturelle.

L'existence de ce principe est dérivée des principes plus généraux. Pour sa pleine compréhension, il s'avère utile d'essayer de catégoriser ce principe dans un cadre de ces principes plus généraux. Néanmoins, en consultant la

²² *Infra*, p. 37 et suiv.

doctrine²³ dans ce champ, il n'est pas du tout facile de dire quelle est la forme précise de la construction mentale dont ce principe devrait être une partie.

A. Nadeau et L. Ducharme placent au sommet de la pyramide imaginaire des principes celui de l'impartialité du juge et, à l'étage inférieur, celui de la neutralité du juge²⁴. Les autres autorités parlent seulement de la neutralité du juge. Dans le langage courant, ces deux mots, l'impartialité et la neutralité, sont traités comme des synonymes. *Le Petit Robert* appuie d'ailleurs cette conclusion²⁵. Toutefois, après mûre réflexion, il peut sembler que la différence faite par A. Nadeau et L. Ducharme ait une justification. L'impartialité dans ce contexte signifie l'état de l'esprit de la tierce personne en tant que décideur (le but). Par contre, la neutralité désigne le comportement du décideur par rapport aux participants du procès qui devrait mener à l'état de son esprit impartial (la voie pour atteindre le but).

Le principe de l'impartialité est un élément de la définition des solutions des différends où le schéma « triangulaire » prend sa place, comme par exemple le procès judiciaire ou la médiation. Il n'est probablement pas remplaçable par l'autre principe en conservant ce schéma, et il est donc dans un certain sens naturel et immuable. Par contre, le principe de la neutralité, visant à régler le comportement de la tierce personne dans le cadre du triangle, est, en tant que l'ensemble des mesures concrètes et en tant que le résultat de l'ingénierie sociale (sans le sens péjoratif), dans un mouvement constant. Chacun des grands systèmes juridiques, la *common law* et le droit civil, a pris ses propres mesures qui, en plus, changent dans le temps.

²³ Par exemple Gabriel MARTY et Pierre RAYNAUD, « *Introduction générale à l'étude du droit* », 2^e éd., t. 1, Paris, Sirey, 1972, n° 211, p. 370; André NADEAU et Léo DUCHARME, « *Traité de droit civil du Québec* », t. 9, Montréal, Wilson & Lafleur, 1965, n° 104, 105, p. 68; Marcel PLANIOL et Georges RIPERT, « *Traité pratique de droit civil français* », 2^e éd., t. 7, Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1952, n° 1416, p. 752.

²⁴ « *C'est peut-être parce que la neutralité du juge est la meilleure garantie de son impartialité que notre législateur a préféré laisser plaideurs le soin exclusif de réunir les événements de preuve* » (A. NADEAU et L. DUCHARME, op. cit., note 23, n° 104, p. 68).

²⁵ P. ROBERT, J. REY-DEBOVE et A. REY, op. cit., note 2, p. 1316 et 1726.

En droit civil²⁶, l'une de ces mesures est le principe dispositif²⁷, dont l'application donne au procès la forme accusatoire²⁸. Si nous descendons encore un étage, nous trouverons le principe contradictoire²⁹ qui est dans certain sens l'émanation du principe dispositif.

Le principe de l'abstraction des connaissances acquises par le décideur hors du procès est dérivé du principe contradictoire. Dès lors, il peut s'avérer que ce principe n'est probablement que dans un cinquième étage de la pyramide imaginaire des principes applicables dans la procédure civile (neutralité – impartialité – principe dispositif – principe contradictoire – principe de l'abstraction des connaissances extrajudiciaires).

Après la catégorisation du principe, il est possible de procéder à sa définition. D'après M. Planiol et G. Ripert, ce principe signifie que le juge « *ne peut même pas se servir de preuves qui seraient arrivées à sa connaissance personnelle en dehors des plaideurs* »³⁰. G. Marty et P. Raynaud disent que « *En aucun cas le juge ne pourrait faire état de la connaissance personnelle*

²⁶ Dans le sens de droit privé comme un ensemble des normes régissant les relations entre les pairs (non dans le sens de l'antonyme de la common law).

²⁷ Les parties ont le status de « *dominus litis* », cela veut dire « Le maître du litige » (Albert MAYRAND et Mairtin MAC AODHA, « *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit* », 4^e éd., Cowansville, Éditions Y. Blais, 2007, p. 134).

²⁸ « *La procédure accusatoire est celle dans laquelle les parties ont un rôle prépondérant dans le déclenchement et la conduite du procès que dans la recherche des preuves, le juge étant cantonné à un rôle passif d'arbitre sans initiative et d'une complète neutralité, veillant au respect des règles du jeu et tranchant par sa décision les prétentions des plaideurs. La procédure accusatoire, [...], correspond au principe dispositif selon lequel les parties, maîtresses du procès, sont libres de le déclencher et d'y mettre fin, d'en circonscrire l'objet et d'en régler le rythme; elle correspond en principe à une procédure orale, publique et contradictoire* » (Jean-Louis BERGEL, « *Théorie générale du droit* », 2^e éd., coll. « Méthodes du droit », Paris, Dalloz, 1989, p. 325).

²⁹ « *Ce principe veut que nulle partie ne puisse être jugée sans avoir été entendue ou appelée [...] et implique que chacune des parties en cause soit en mesure de discuter et de contredire les prétentions, les moyens, les arguments et les éléments de preuve qui sont opposés. Il s'impose aux parties mais aussi au juge qui doit en toutes circonstances faire observer et observer lui-même le principe de contradiction. [...] Le juge ne peut ainsi relever d'office des moyens, même de pur droit, sans inviter au préalable les parties à présenter leurs observations. Il implique que l'adversaire soit toujours informé de l'existence de toute procédure dirigée contre lui, que les délais pour comparaître lui sont octroyés, que tous les moyens invoqués et tous les éléments de preuve produits fassent l'objet de communications réciproques entre les parties pour que chacune d'elles soit à même d'organiser sa défense* » (Id., p. 327). De même la Cour suprême du Canada (« *Le tribunal doit entendre équitablement les deux parties en litige afin de leur donner la possibilité de rectifier ou de contredire toute déclaration pertinente préjudiciable à leurs points de vue* » - *Kanec c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie Britannique*, [1980] 1 R.C.S. 1105, 1113).

³⁰ M. PLANIOL et G. RIPERT, op. cit., note 23.

qu'il aurait pu avoir ou acquérir des faits en dehors des productions des parties au cours du débat ou de mesures régulières »³¹.

Ces définitions laissent un doute. La première définition peut être interprétée de telle manière que le décideur ne peut pas insérer sa propre connaissance comme substitut aux éléments de preuve du procès sans donner l'occasion de la discuter dans le débat contradictoire (« *en dehors des plaideurs* »). La deuxième définition peut être comprise de telle façon que le juge doit s'abstenir à l'insertion de la connaissance au procès dans tous les cas, peu importe s'il donne aux parties l'occasion de la discuter (« *en dehors des productions des parties* »). Cette différence est assez importante parce que la première définition répond à la question de savoir si le décideur peut utiliser ses connaissances « *oui, sous la condition que [...]* », la deuxième répond simplement « *non* ». Du contexte des ouvrages cités et de ce qui a été dit, nous pouvons déduire que la deuxième conception est correcte. La réponse inverse signifierait que les parties ne sont plus les maîtres du litige. Cette nuance sera importante quand nous traiterons plus tard des critères de l'utilisation de l'expérience dans la cadre de la connaissance d'office³².

Il est ainsi possible de résumer que le principe de l'abstraction des connaissances acquises hors du procès est une dérivation assez éloignée du principe de la neutralité du juge et qu'il signifie que le juge ne peut, sous aucunes conditions, se servir des connaissances qui ne proviennent pas des éléments de preuve.

B. Évolution du principe

Après avoir éclairé la substance du principe de l'abstraction des connaissances acquises hors du procès, il semble pertinent d'ouvrir une brève parenthèse portant sur son histoire agitée. Cette parenthèse pourrait bien documenter que ce principe est un résultat de développement complexe et que sa présence actuelle n'est pas si évidente qu'elle semble être.

³¹ G. MARTY et P. RAYNAUD, op. cit., note 23.

³² *Infra*, p. 75 suiv.

Dans le droit romain classique, malgré la quasi-inexistence de la théorie de preuve³³, « *le juge ne sait rien du fond de l'affaire. Son impartialité l'empêche d'utiliser des renseignements personnels* »³⁴. Ainsi, le principe était appliqué.

Une réelle bataille entre les partisans et les opposants du principe s'était déroulée pendant plus de six siècles (entre le XII^e et le XVIII^e siècles) dans le cadre de *ius commune*³⁵, cela veut dire dans le cadre de l'ordre juridique unique de l'Europe chrétienne médiévale. Les raisons de cet affrontement sont assez simples. Premièrement, il n'était pas rare à cette époque que la fonction de juge soit exercée par un prêtre, c'est-à-dire par une personne qui reçoit beaucoup d'informations par l'intermédiaire de la confession. Deuxièmement, les communautés étaient assez petites et par conséquent le juge était souvent au courant des événements qui s'étaient déroulés dans la communauté³⁶. Ainsi, le juge avait eu souvent l'image exacte de ce qui s'était passé avant d'entrer dans la salle d'audience³⁷. Il fallait décider si cette image pouvait être utilisée dans le procès.

Les plus grands penseurs de l'époque ont été déchirés par l'idée de condamner quelqu'un d'après les éléments de preuve produits dans le procès en sachant que celui-ci n'avait pas en réalité transgressé la règle ou, par contre, par l'idée de libérer quelqu'un d'après les preuves produites dans le procès en sachant que celui-ci est en effet le malfaiteur. La question de base était ainsi la suivante : « *Le juge est-il tenu de prononcer son jugement secundum allegata*

³³ Pour documenter, voir l'anecdote suivante - « *Nous avons un témoignage curieux de ce manque d'intérêt : Cicéron raconte que lorsqu'on interrogeait le jurisconsult Aquilius Gallus sur les problèmes de preuve, il répondait : Nihil hoc ad ius, ad Ciceronem (Top. 12, 51), c'est-à-dire rien de cela n'intéresse le droit, allez voir chez Cicéron, qui est un avocat et qui connaît l'art de convaincre* » (J.-J. MOZOS-TOUYA, op. cit., note 18, à la page 59).

³⁴ Maxime LEMOSSE, « *Cognitio: étude sur le rôle du juge dans l'instruction du procès civil antique* », Paris, A. Legot, 1944, p. 166.

³⁵ Antonio PADOA-SCHIOPPA, « Sur la conscience du juge dans le *ius commune* européen », dans Jean-Marie CARBASSE et Laurence DEPAMBOUR-TARRIDE (dir.), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, Presses Universitaires de France, 1999, p. 95, à la page 100.

³⁶ Id., à la page 101.

³⁷ Quant à ces raisons, nous pouvons ajouter qu'au moins la deuxième raison n'est pas limitée au Moyen Âge et qu'on peut la rencontrer à l'époque actuelle par exemple au nord du Québec (Claude FABIEN, « L'utilisation par le juge de ses connaissances personnelles, dans le procès civil », (1987) 66 *R. du B. can.* 433, 437).

ou bien doit-il (ou peut-il) juger *secundum conscientiam* ? »³⁸. Toute la discussion a été évidemment beaucoup influencée par le christianisme et l'argumentation de deux camps a été souvent fondée sur des histoires bibliques³⁹. Un nombre énorme de théories, souvent très nuancées, avait été formulé⁴⁰. Finalement l'opinion du Docteur angélique, c'est-à-dire de saint Thomas d'Aquin, l'a finalement, emporté. Son opinion était univoque dans le sens « *Judex secundum allegata, non secundum conscientiam judicare debet* »⁴¹. Son argumentation était la suivante : « *Dans la mesure où le jugement appartient aux juges en raison d'une autorité publique et non d'une autorité privée, ils ne doivent pas juger selon la vérité qu'ils connaissent comme particuliers, mais selon celle qu'ils découvrent dans le cadre de leurs fonctions, selon les lois publiques, par les témoignages, les instruments et les allégations prouvées des parties* »⁴². Il s'agit donc de l'idée que le juge est

³⁸ A. PADOA-SCHIOPPA, op. cit., note 35, à la p. 100.

³⁹ À titre d'exemple, nous pouvons introduire l'histoire de la femme adultère (« *Alors il se releva, et ne voyant plus que la femme, il lui dit : "Femme, où sont tes accusateurs? Personne ne t'a condamnée?" Elle répondit : "Personne, seigneur. " Et Jésus lui dit : "Moi non plus, je ne te condamne pas. Va, et désormais ne pêche plus."* » (Jean, 8.10-11)) ou l'histoire avec les villes Sodome et Gomorrhe (« *Le Seigneur ajouta : "La clameur qui s'élève de Sodome et de Gomorrhe est immense, et leur péché est énorme. Je vais descendre pour voir si leur conduite correspond réellement au bruit qui en est parvenu jusqu'à moi; s'il n'est pas ainsi, je le saurai"* » (Genèse, 18.20-21)). Ces deux histoires ont été utilisées pour faire valoir le principe de l'abstraction des connaissances personnelles (Dieu comme omniscient sait tout mais il décide quand même selon ce qui est ressorti du « procès »).

⁴⁰ Ces théories sont basées par exemple sur la différence entre la droit pénal et le droit civil, sur la question de droit et celui de fait, sur l'obligation du juge d'informer le tribunal supérieur ou témoigner, sur la conscience judiciaire et la conscience sacerdotale, sur la différence si la connaissance est en faveur ou au détriment de l'auteur de l'infraction, sur l'importance du dossier, sur l'absence de la partie, sur l'utilité publique, sur la preuve de la part du juge, sur le fait si l'information est contestée par une partie, sur la défaillance des parties dans la recherche des preuves, etc. (A. PADOA-SCHIOPPA, op. cit., note 35, à la p. 98, 99, 101, 102, 106 et 115).

⁴¹ « *Le juge doit juger d'après les choses alléguées et non d'après sa conscience* » ; un adage formulé par Azon au XII^e siècle (Jean-Marie CARBASSE, « *Le juge entre la loi et la justice : approches médiévales* », Id., p. 67, à la page 83). Le mot latin « *conscientia* » a plusieurs sens, cela peut signifier connaissance partagée, connaissance en commun, mais aussi claire connaissance qu'on a au fond de soi-même (Félix GAFFIOT, « *Dictionnaire latin-français* », Paris, Hachette, 1934, p. 398). En droit romain, tromper la conscience du prince, c'est tout simplement lui donner une fausse information (Jean-Marie CARBASSE et Laurence DEPAMBOUR-TARRIDE, « *Présentation* », dans Jean-Marie CARBASSE et Laurence DEPAMBOUR-TARRIDE (dir.), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, Presses Universitaires de France, 1999, p. 7, à la page 7).

⁴² Question 67 de la *Secunda Secundae* de *Summa Theologica*, article 2, de Thomas d'Aquin, cité dans Jean-Marie CARBASSE, « *Le juge entre la loi et la justice : approches médiévales* », dans Jean-Marie CARBASSE et Laurence DEPAMBOUR-TARRIDE (dir.), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, Presses Universitaires de France, 1999, p. 67, à la page 84.

duplex persona (personne privée et personne publique) dont l'esprit doit suivre cette division⁴³.

Pour compléter l'excursion historique, il ne faut pas non plus oublier que les racines du jury dans la *common law* sont aussi liées avec les connaissances extrajudiciaires. Cette liaison est néanmoins causée par la nature ambiguë des membres de jury médiéval. Ceux-ci avaient fonctionné comme les témoins choisis par les parties (d'où la présence des connaissances extrajudiciaires), mais aussi en même temps comme les quasi-décideurs⁴⁴. Ils ont pu être les témoins directs de l'événement reconstruit, ils ont eu régulièrement la connaissance personnelle des personnes impliquées. Pendant leur mission, il leur avait été permis d'écouter les rapports des différentes personnes. Il était sans aucune importance juridique si cette communication se réalisait dans le cadre de la procédure judiciaire ou en dehors de celle-ci, si c'était en présence des parties en litige ou en leur absence⁴⁵. Cette conception du traitement des informations a plus ou moins persévéré en *common law* jusqu'au XVII^e siècle lorsqu'elle a été expulsée par la règle du ouï-dire⁴⁶.

L'idée d'impossibilité de l'utilisation des informations extrajudiciaires dans le procès judiciaire dans le monde occidental n'était pas mise en doute jusqu'à la deuxième moitié du XX^e siècle. À cette époque, une autre tentation, quoique relativement faible, de rompre ce principe émergeait. Nous faisons ici l'allusion au mode de la solution des différends sous la forme d'une combinaison de médiation et d'arbitrage/procès judiciaire. Cette combinaison est le plus souvent désignée par le mot « Med/Arb ». Dans ce schéma, la même personne agit d'abord comme médiateur et ensuite, si la médiation échoue, il agit en tant qu'arbitre/juge qui décidera un différend dans le procès plus ou

⁴³ J.-M. CARBASSE, op. cit., note 42, à la page 84.

⁴⁴ Frederick POLLOCK et Frederic William MAITLAND, « *The History of English Law, before the Time of Edward I* », 2^e éd., t. 2, Cambridge, University Press, 1898, p. 623-625.

⁴⁵ « *Whatever theory may have prevailed, the parties to an action are often submitting to "the country" questions which the twelve representatives of the country will certainly not be able to answer if they may speak only of what they have seen with their own eyes [...] At the least a fortnight had been given them in which to "certify themselves" of the facts. We know of no rule of law which prevented them from listening during this interval to the tale of the litigants; indeed it was their duty to discover the truth [...] Separately or collectively, in court or out of court, they have listened to somebody's story and believed it* » (Id., p. 624, 627 et 628).

⁴⁶ Ronald Joseph DELISLE, « Hearsay Evidence », (1984) *L.S.U.C.S.L.* 59, 59.

moins classique. Un des éléments typiques de la médiation, néanmoins pas l'élément de la définition, est l'utilisation d'une technique appelée « caucus » en Amérique du Nord. Cela veut dire l'entretien séparé entre le médiateur et une partie où le médiateur peut recevoir les informations sur le dossier d'une partie sans que l'autre partie puisse les contester ou même les savoir⁴⁷. L'un des avantages, généralement apprécié, est la plus grande vitesse du procès judiciaire, causée par le fait que le décideur, dès le début du procès, a des informations sur le dossier, acquises hors du procès pendant la médiation⁴⁸. Ce mode a été incorporé par exemple dans l'*Alberta Arbitration Act*⁴⁹. Il s'ensuit que ce mode de solution des différends est, au moins potentiellement, basé sur la négation du principe traité.

Pour clore cette parenthèse, nous pouvons mentionner que le principe de l'abstraction des connaissances acquises hors du procès n'est pas du tout universel. Dans le monde oriental, notamment en Chine, il est assez courant que la tierce personne qui est chargée de la solution du différend utilise des informations extrajudiciaires et discute l'affaire avec une partie sans présence de l'autre partie⁵⁰.

Nous pouvons résumer cette section ainsi : le principe de l'abstraction des connaissances acquises hors du procès est dans le monde occidental considéré comme l'une des garanties d'impartialité du décideur ; malgré l'apparence évidente du principe à l'époque actuelle, son application n'était pas toujours unanime, même dans le monde occidental.

⁴⁷ Mentionné par exemple dans Martine BOURRY D'ANTIN, Stephen BENSIMON et Gérard PLUYETTE, « *Art et techniques de la médiation* », Paris, Litec, 2004, n° 74, p. 50. Le caucus rassemble dans un certain sens à la confession.

⁴⁸ Alan L. LIMBURY, « *Med-Arb, Arb-Med, Neg-Arb and ODR* » (26 avril 2007), en ligne: strategic resolution <http://www.strategic-resolution.com/documents/Paper%20for%20IAMA%20Forum%203%20August%202005.doc>.

⁴⁹ Arbitration Act, R.S.A. 2000, c. A-43, Mediation and conciliation:

« 35(1) *The members of an arbitral tribunal may, if the parties consent, use mediation, conciliation or similar techniques during the arbitration to encourage settlement of the matters in dispute.*

(2) *After the members of an arbitral tribunal use a technique referred to in subsection (1), they may resume their roles as arbitrators without disqualification.*

⁵⁰ Voir par exemple Nabil ANTAKI, « *Le règlement amiable des litiges* », Cowansville, Éditions Y. Blais, 1998, p.122-124 ou Tang HOUZHI, « *The Use of Conciliation in Arbitration* » (26 avril 2007), en ligne: WIPO <<http://www.wipo.int/amc/en/events/conferences/1996/tang.html>>.

Section 3. Principe de l'exclusion de la preuve par ouï-dire

Puisque le principe de l'exclusion de la preuve par ouï-dire trouve en outre sa place aussi dans le procès civil québécois⁵¹ (considérablement influencé par la *common law*), et qu'il s'avère probable que ce principe influe aussi sur la possibilité de l'application de l'expérience dans le procès civil, il mérite d'être traité très brièvement.

A. Base du principe

Si les deux autres principes précédents sont présents dans les deux grands systèmes occidentaux, la règle de l'exclusion de la preuve par ouï-dire est une particularité de la *common law*. Les ordres juridiques des systèmes continentaux résolvent le risque lié à ce type d'information non par l'inadmissibilité totale de l'information en tant que preuve, mais par l'attribution de la force probante éventuellement moins importante à cette information.

Le cœur du principe est simple. Traditionnellement, il signifie que le témoignage de l'histoire reconstruite devant le tribunal ne peut être donné que par la personne qui a eu la perception sensorielle directe et immédiate du fait⁵². Les nuances concernant par exemple la question de déterminer si le ouï-dire englobe aussi la déclaration extrajudiciaire faite par le même témoin⁵³ ne sont pas importantes aux fins du présent travail.

La raison d'être du principe n'est pas parfaitement claire. Un courant minoritaire⁵⁴ l'attribue à la méfiance à l'égard de la capacité des décideurs de bien apprécier ce type d'informations. Néanmoins, le courant majoritaire⁵⁵ voit

⁵¹ Art. 2843, 2869-2874 C.c.Q.

⁵² Voir par exemple « *La preuve au Canada : Rapport du Groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve* », Cowansville, Editions Y. Blais, 1983, n° 10.1., p. 140 (« "ouï-dire" s'entend de la déclaration qui est faite par une personne autre que le témoin dans l'instance et qui présentée pour prouver ce qui y est affirmé »).

⁵³ Voir par exemple J.-C. ROYER, op. cit., note 17, n° 671, p. 470.

⁵⁴ Par exemple Eugene G. EWASCHUK, « Hearsay Evidence », (1978) 16 *Osgoode Hall L.J.* 407, 407.

⁵⁵ Par exemple R. J. DELISLE, loc. cit., note 46, p. 65, ou *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, 41 (« l'exclusion de la preuve par ouï-dire se justifie principalement par le fait que la *common law* a en horreur toute preuve qui n'a pas été présentée sous serment et qui n'a pas été soumise à

d'autres raisons. Premièrement, c'est la croyance que le témoignage du témoin fait devant le tribunal a le plus grand potentiel d'être véridique (l'effet du serment, du milieu solennel). Deuxièmement seul le témoin qui fait sa déclaration dans le cadre de la procédure civile peut être soumis au contre-interrogatoire, qui est, en tant que l'expression du principe contradictoire, considéré en *common law* comme « *the greatest legal engine ever invented for the discovery of the truth* »⁵⁶. Troisièmement, il y a évidemment le risque de la distorsion des faits rapportés par personne interposée.

Au fur et à mesure de l'écoulement du temps, ce principe a subi plusieurs exceptions⁵⁷. Sauf l'une d'entre elles, qui n'est cependant pas régulièrement traitée par la doctrine (la preuve scientifique comme preuve par oui-dire⁵⁸), nous n'allons pas en parler parce qu'elles ne sont pas importantes pour le présent travail.

Il est possible de résumer que ce principe empêche d'insérer au procès judiciaire les faits qui n'ont pas été constatés directement par la personne qui les rapporte devant le tribunal.

Nous avons décrit et expliqué très brièvement l'essence des principes qui nous considérons comme l'obstacle de l'utilisation de l'expérience dans le procès civil. Nous utiliserons l'acquis de cette analyse plus tard en comparant ces principes avec les différents types de l'expérience.

Chapitre 2. Les types de l'expérience et son rôle dans le procès civil

Dans le présent chapitre, nous essaierons de clarifier le contenu de la notion de l'expérience dans le contexte du procès civil. Dans la première

l'épreuve du contre-interrogatoire. On estime que le témoignage rendu sous serment et le contre-interrogatoire constituent les meilleures garanties de la véracité des déclarations de faits présentées »).

⁵⁶ John Henry WIGMORE, « *A Treatise on the Anglo-American system of evidence in trials at Common Law including the statutes and judicial decisions of all jurisdictions of the United States and Canada* », 3^e éd., t. 5, Boston, Little Brown, 1940, n° 1367, p. 29.

⁵⁷ Voir par exemple J.-C. ROYER, op. cit., note 17, n° 703, p. 492 et suiv.

⁵⁸ Infra, p. 103 et suiv.

section nous allons classifier les différents types de l'expérience qui peuvent entrer au procès civil. Dans la deuxième section, nous allons prêter attention à tous les modes dans lesquels l'expérience peut fonctionner dans le procès civil.

Section 1. Classification de l'expérience

L'expérience peut être classifiée selon différents points de vue. Dans le présent travail, nous utiliserons la classification basée sur les différents modes de son acquisition. Suivant cette optique, nous pouvons discerner l'expérience profane et l'expérience scientifique. Les deux catégories apportent des connaissances généralisées sur le fonctionnement du monde, mais la voie qui mène à ces informations est complètement différente.

A. Expérience profane

Il n'y a rien de révélateur à dire que le décideur utilise l'expérience profane en effet dans la quasi-totalité des cas qui lui sont soumis. Ce sont par exemple des situations où le décideur fixe la norme du comportement raisonnable, où il apprécie la véracité du témoignage, où il décide du lien de causalité entre le fait et le préjudice. En présumant l'importance de cet élément dans le raisonnement du décideur, il semble pertinent de faire une analyse un peu plus approfondie de l'expérience profane, ou plutôt de ses composantes.

Il est probable que l'analyse de la jurisprudence, fondée sur les mots clés « expérience profane » aboutirait aux conclusions erronées, parce que cette notion n'appartient pas au vocabulaire habituel des décideurs. Par contre, une recherche menée sur les expressions « bon sens » ou « sens commun » a le potentiel d'apporter les résultats beaucoup plus prometteurs. Persuadés que la notion de l'expérience profane est divisible en ces deux composantes, notre analyse sera basée sur ces deux notions.

Au début de cette section, il semble aussi pertinent de faire une remarque concernant l'utilisation de ces mots en pratique judiciaire. Il peut s'avérer que les juges québécois préfèrent l'utilisation de la notion du « sens commun », parce que le « bon sens » est trop « populaire » ou « vulgaire ».

Nous pourrions spéculer sur les raisons (par exemple l'influence de l'anglais avec son « *common sense* ») mais ce n'est pas notre sujet. Dans le présent travail, nous allons mettre ces préférences, d'ailleurs difficilement saisissables, de côté et nous allons plutôt explorer le sens attribué à ces termes par la philosophie.

(i) Bon sens

Comme il est assez difficile, sinon impossible, de définir le bon sens, nous nous limiterons à sa description.

Le premier auteur qui s'est penché sur cette notion a probablement été R. Descartes, qui a prononcé la phrase célèbre : « *Le bon sens est la chose du monde la mieux partagée : [...]* »⁵⁹. Nous pouvons probablement être d'accord avec cet énoncé seulement quand il est retiré du contexte de la philosophie de R. Descartes⁶⁰ et quand nous lui associons le contenu tout à fait différent qui est signalé par exemple dans *le Petit Robert*⁶¹, dans encyclopédie *Agora*⁶², dans l'œuvre de S. Carfantan⁶³ (un philosophe contemporain français), dans l'œuvre

⁵⁹ René DESCARTES, « *Discours de la méthode; suivi des Médiations* », Paris, Union générale d'éditions, 1963, p. 25.

⁶⁰ Apparemment, R. Descartes sort de la prémisse selon laquelle tout le monde est pourvu de la même capacité intellectuelle. Les différences dans les conclusions des différentes personnes sont causées par les différentes de méthodologie, appliquées en utilisant la même intelligence. C'est uniquement la capacité intellectuelle, savoir la raison que R. Descartes désigne comme le bon sens (« *Le bon sens est la chose du monde la mieux partagée : car chacun pense en être si bien pourvu, que ceux même qui sont les plus difficiles à contenter en toute autre chose, n'ont point coutume d'en désirer qu'ils en ont. En quoi il n'est pas vraisemblable que tous se trompent; mais plutôt cela témoigne que la puissance de bien juger, et distinguer le vrai d'avec le faux, qui est proprement ce qu'on nomme le bon sens ou la raison, est naturellement égale en tous les hommes; et ainsi que la diversité de nos opinions ne vient pas de ce que les uns sont plus raisonnables que les autres, mais seulement de ce que nous conduisons nos pensées par diverse voies, et ne considérons pas les mêmes choses. Car ce n'est pas assez d'avoir l'esprit bon, mais le principal est de l'appliquer bien* » - Id.).

⁶¹ « *Capacité de bien juger, sans passion, en présence des problèmes qui ne peuvent être résolus par un raisonnement scientifique* » (P. ROBERT, J. REY-DEBOVE et A. REY, op. cit., note 2, p. 2404).

⁶² « *Le bon sens est l'intermédiaire entre l'ignorance et la connaissance bien assurée. Il est la raison sans raisons. Entre la sphère théorique où l'on s'entend rarement sur le sens d'un mot ou d'une idée et la sphère pratique où l'on doit agir, le plus souvent sans être assuré de pouvoir le faire en connaissance de cause, il y a un vide. Le bon sens comble ce vide* » (« *Bon sens* » (le 2 mai 2007), en ligne: agora <http://agora.qc.ca/mot.nsf/Dossiers/Bon_sens>).

⁶³ « *En bref, le bon sens fait appel à l'expérience sur laquelle il appuie une conduite prudente et mesurée. [...] L'idée de bon sens rejoint celle du raisonnable. Le raisonnable n'est pas entièrement rationnel. [...] Il n'a pas besoin d'une explication théorique complète et détaillée pour s'exercer [...] Le bon sens est une intelligence tournée vers l'action, dont l'appui est*

de H. Bergson⁶⁴ (un philosophe et écrivain français) ou celle de B. S. Sousa⁶⁵ (un sociologue contemporain portugais).

Appliquer le bon sens signifie probablement projeter des vécus personnels du passé d'une manière régie par la raison à l'événement inconnu dans le cas particulier. Le processus du raisonnement est composé de deux phases : l'induction, suivie par la déduction⁶⁶. L'induction, basée sur le vécu personnel et encadrée par la raison (logique), sert à établir la normalité des choses. La déduction implante la normalité ainsi établie dans le cas particulier. Il faut souligner que tout le processus mental se déroule habituellement d'une manière intuitive, spontanée, dans un intervalle de quelques instants.

Car les lois de nature, les principes de base sur lesquels fonctionne la société sont toujours plus ou moins les mêmes et l'expérience des lois de la nature et du fondement de l'ordre social est souvent identique ou pareille pour tous: le bon sens semble être universel. C'est dans ce sens que la phrase de R. Descartes mentionnée ci-dessus peut être considérée comme vraie.

Néanmoins, il ne faut pas prétendre qu'appliquer le bon sens signifie un processus mental « machinal ». Il suffit de rappeler la phase de l'induction où l'individu est appelé à établir la normalité des choses. Le contenu de la normalité a souvent deux composantes : celle de description (ce qui est) et celle

l'expérience et le sens de l'observation » (Serge CARFANTAN, « Philosophie et spiritualité » (le 5 mai 2007), en ligne: sergecar.club.fr <<http://sergecar.club.fr/cours/raison3.htm>>).

⁶⁴ « Je suppose qu'un jour, vous promenant à la campagne, vous aperceviez au sommet d'une colline quelque chose qui ressemble vaguement à un grand corps immobile avec des bras qui tournent. Vous ne savez pas encore ce que c'est, mais vous cherchez parmi vos idées, c'est-à-dire ici parmi les souvenirs dont votre mémoire dispose, le souvenir qui s'encadrera le mieux dans ce que vous apercevez. Presque aussitôt, l'image d'un moulin à vent vous revient à l'esprit : c'est un moulin à vent que vous avez devant vous. [...] Le bon sens est l'effort d'un esprit qui s'adapte et se réadapte sans cesse, changeant d'idée quand il change d'objet » (Henri BERGSON, « Le rire : essai sur la signification du comique » (le 2 mai 2007), en ligne: UQAC <http://classiques.uqac.ca/classiques/bergson_henri/le_rire/Bergson_le_rire.doc>, p. 78).

⁶⁵ « il [bon sens] reproduit la connaissance extraite des trajectoires et des expériences vitales [...] » (Boaventura de Sousa SANTOS, « Vers un nouveau sens commun juridique : droit, science et politique dans la transition paradigmatique », coll. « Droit et société », Paris, LGDJ, 2004, p. 61)

⁶⁶ La ressemblance au procès du raisonnement lié avec la présomption juridique n'est pas accidentelle (Infra, p. 84).

des valeurs (ce qui devrait être)⁶⁷. Parfois, la personne appliquant le bon sens n'est pas capable de séparer ces deux composantes et le résultat de son raisonnement est ainsi « pollué » par le jugement de valeur. Il s'ensuit que même le bon sens « pur », non mélangé avec le sens commun, ne représente pas une démarche tout à fait rationnelle.

(ii) Sens commun

Nous avons dit que la base du bon sens était formée par le vécu personnel de celui qui l'applique. Par contre, le sens commun est détaché de cette base. Il est défini comme « *une référence à l'opinion collective, [...]* »⁶⁸. Dès lors, la personne qui applique le sens commun fait uniquement référence à l'opinion de la majorité, acquise par la voie des contacts quotidiens avec les autres membres de la société. L'application du sens commun contient une présomption implicite voulant qu'il soit improbable que tous les membres de la majorité se trompent.

Par le fait que le sens commun manque d'ancrage direct dans la réalité sous la forme de l'expérience personnelle, il se peut que le sens commun soit moins fiable que le bon sens. Le sens commun en tant qu'opinion collective peut être fondé sur le bon sens des membres particuliers de la société, mais également sur les pures illusions ou mythes.

Si le sens commun est fondé originairement sur le bon sens des individus, il y a les risques des déformations de la version originaire par la voie de sa transmission, les risques de la multiplication des jugements de valeur. Si le sens commun n'est pas originairement fondé sur le bon sens, l'absence du dernier est remplacé par les images de la réalité, créée artificiellement, par exemple par les multimédias, par la publicité, par les différentes idéologies. En étant conscients de ces risques associés à l'utilisation du sens commun, les assertions suivantes ne sont guère étonnantes :

⁶⁷ Voir par exemple Françoise LLORENS-FRAYSSÉ, « *La présomption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité* », Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1985, p. 48.

⁶⁸ S. CARFANTAN, loc. cit., note 63.

*« Le sens commun est une référence à l'opinion collective, les préjugés d'une époque, ses croyances, ses mœurs, ses habitudes, son mode de vie et ses préjugés aussi [...]. Le sens commun n'est pas le porte-parole de la vérité. Il peut être la voix de l'illusion ».*⁶⁹

On est souvent incapable de discerner si le fondement du sens commun est basé sur l'expérience de la majorité ou par exemple sur une campagne publicitaire, ce qui peut rendre cet instrument moins fiable.

Nous pouvons conclure que le sens commun est, dans le meilleur des cas, une dérivation éloignée des situations vécues et, dans le pire, une fiction qui n'a aucune relation avec des situations vécues.

(iii) Fusion du bon sens et du sens commun

Notre image de la réalité quotidienne est fondée à la fois sur le bon sens et sur le sens commun. Ces deux composantes coexistent dans une certaine proportion. Le problème apporté par la modernité est la croissance de la portion du sens commun par rapport à la portion du bon sens, participant à la création de l'image de la réalité.

En ce sens, il existe par exemple une différence marquante entre la situation d'un fermier européen au XVIII^e siècle avec celui de XXI^e siècle. L'image de la réalité du premier était dans une grande proportion fondée sur son bon sens, sur sa propre expérience de sa vie à sa ferme. Par contre, l'image de la réalité du deuxième est créée notamment par le sens commun, dérivé des éléments qu'il n'a pas vécus, n'a pas perçus lui-même, mais qu'il a vus à la télévision, écoutés à la radio, ou lus dans les journaux⁷⁰. Cette dominance du sens commun influe en retour sur le bon sens par la voie de l'élément de valeur présent dans la création de l'image de la normalité.

En plus, il est possible d'exprimer une hypothèse selon laquelle l'être humain d'aujourd'hui n'est souvent pas capable de discerner quelle partie de

⁶⁹ Id.

⁷⁰ Pour un exemple pareil, accompagné par l'essai sur le thème de « l'imagologie », voir Milan KUNDERA, « *Nesmrtelnost* », 1^e éd., Brno, Atlantis, 1993, p. 117 (le titre en français : « *L'immortalité* »).

son image de la réalité provient de son sens et quelle partie provient du sens commun. Il ne sent pas même besoin de le faire. La différence entre bon sens et sens commun s'efface⁷¹. L'image issue de cette fusion est plus dangereuse qu'auparavant où ces éléments étaient séparés ou leurs proportions étaient très différentes, parce que le potentiel de l'abîme entre l'image et la réalité est plus grand qu'auparavant.

Il peut sembler que le mélange créé par la fusion du bon sens et du sens commun soit capable de donner une réponse claire (cela ne veut pas dire fiable) chaque fois qu'elle est demandée. Cependant, tel n'est pas le cas. L'absence d'une réponse univoque peut être causée soit par la nature de l'événement, soit par le caractère de la personne qui applique l'expérience profane dans le cas particulier. Il y a des événements où les questions sont si nouvelles ou spécialisées que le raisonnement fondé sur le bon sens ou sur le sens commun ne donne pas la réponse⁷². Quant à la différence dans la personne, nous pouvons mentionner les cas où le contenu de l'expérience profane se diffère en fonction du sexe de la personne⁷³.

Malgré tous ces risques attachés à l'utilisation de l'expérience profane, nous verrons plus tard dans cette section que l'expérience profane est presque omniprésente dans le procès civil.

⁷¹ Ce n'est pas peut-être pas par hasard que la langue anglaise n'a pas de mot pour le bon sens, tout est « common sense », peu importe si l'on désigne le bon sens ou sens commun.

⁷² À titre d'exemple, nous pouvons mentionner le cas où le décideur devra déterminer où se trouve la frontière entre la forme de la vie supérieure et celle de la vie inférieure. Le décideur a remarqué : « *En toute déférence, il semble que la conception du "bon sens" varie d'un commentateur à l'autre* » et puis il a décrit dix conceptions différentes de bon sens (*Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2002] 4 R.C.S. 45, par. 52).

⁷³ L'exemple de plusieurs litiges dont le noyau était le harcèlement sexuel est probant. Dans ces affaires, des tribunaux ont quitté le modèle général de la personne raisonnable pour adopter le modèle de la personne raisonnable dans la position de la demanderesse (« *We have emphasized, moreover, that the objective severity of harassment should be judged from the perspective of a reasonable person in the plaintiff's position, considering "all the circumstances"* » - *Oncala v. Sundowner Offshore Services, Inc.*, 523 U.S. 75 (1998)).

B. Expérience scientifique

Dans ce passage, nous allons pencher sur deux questions. La première porte sur la nature de l'expérience scientifique, et la seconde, sur l'expérience technique en tant que zone frontière entre l'expérience scientifique et l'expérience profane.

(i) Nature de l'expérience scientifique

Si l'expérience profane est « *la raison sans raisons* »⁷⁴, c'est-à-dire l'image sur la réalité fondée en grande partie sur l'intuition et la spontanéité, l'expérience scientifique est d'une certaine manière antinomique.

La science apporte l'image sur la réalité en vertu de l'expérience « dirigée ». Les événements qui sont la source de l'expérience ne sont pas contingents, mais bien planifiés dans le sens de leur survenance aussi bien que celui de leurs paramètres précis. Autrement dit, l'expérience scientifique est basée sur un grand nombre d'expérimentations préparées à l'avance. La conclusion n'est formulée qu'après un nombre important de répétitions. L'appréciation des résultats obtenus n'est pas non plus laissée « à l'esprit libre » du scientifique, mais elle est conditionnée par l'application de règles précises de méthodologie.

Cependant, il ne faut oublier que le mot « science » couvre aujourd'hui un vaste domaine d'activités humaines différentes, dont seulement quelques-unes satisfont aux caractéristiques mentionnées dans le précédent paragraphe. De ce point de vue, la science peut être divisée en deux catégories : les sciences exactes (naturelles) et les sciences sociales. Le premier groupe couvre des domaines comme la physique, la chimie et la biologie. Ces sciences sont conformes à la description précédente. Le second, y comprises par exemple la sociologie et la psychologie, couvre un champ d'expérimentation beaucoup plus étroit parce l'objet de leur recherche est l'homme ou la société humaine. Dès lors, leur caractère scientifique se limite plutôt à la phase de l'appréciation

⁷⁴ Agora, loc. cit., note 62.

des données obtenues, en observant la méthodologie scientifique visée. Leurs conclusions peuvent par conséquent être moins sûres que celles des sciences exactes.

(ii) Expérience technique

L'expérience technique est une sorte d'expérience qui comporte certains traits de l'expérience profane et en même temps certains traits de l'expérience scientifique. Elle est ainsi une zone frontière entre les deux types d'expériences.

L'expérience technique ressemble à l'expérience scientifique par le fait qu'elle n'est pas commune à tous les membres de la société. Il existe un grand nombre de situations qui ont été vécues seulement par certains membres de la société. L'expérience ainsi gagnée ne se propage pas, pour différentes raisons⁷⁵, parmi les autres membres de la société. L'expérience scientifique et l'expérience technique sont ainsi limitées à un groupe de la société. S'il faut utiliser l'un de ces types d'expériences et si celui qui est censé y avoir recours ne la possède pas, il fait régulièrement appel aux tierces personnes qui appartiennent à un groupe de la société qui la possède⁷⁶. En ce qui a trait à l'expérience technique, ces personnes sont généralement appelées « techniciens », et elles communiquent l'image de la réalité qu'elles ont « découverte » en exerçant leurs activités spécialisées. Elles témoignent d'une certaine expérience « technique » que l'on appelle aussi « la règle de l'art »⁷⁷.

Par contre, l'expérience technique diffère de l'expérience scientifique et ressemble à l'expérience profane par la manière du raisonnement, utilisé pour créer la connaissance généralisée. Cette connaissance n'est pas l'aboutissement de la recherche scientifique dans le sens de la méthodologie exacte. Elle est plutôt le résultat de simples perceptions, obtenues à la suite de la présence dans

⁷⁵ Par exemple, les situations vécues sont si limitées à certains groupes de la société que les autres groupes ne sont pas intéressés au transfert de leur expérience, ou bien l'expérience obtenue est trop difficile à expliquer et exige un niveau d'éducation élevé.

⁷⁶ Art. 2843 C.c.Q. En droit, même dans le cas où le décideur possède une expérience ou connaissance spéciale, il est censé quand même avoir recours à la tierce personne.

⁷⁷ *Zurich Insurance Co. c. Corp. Cadillac Fairview Ltée (C.A.Q.)*, [1990] R.J.Q. 2031 (C.A.).

un milieu durant une certaine période, tout comme l'expérience profane. La différence réside simplement dans le fait que l'expérience profane provient du milieu commun à plus ou moins tout le monde et l'expérience technique appartient au milieu spécialisé.

Malgré cette nature contradictoire de l'expérience technique, celle-ci est constamment traitée en commun avec l'expérience scientifique. Nous pouvons également observer cette approche dans le procès civil, où le technicien ainsi que le scientifique sont ensemble appelés les « experts », et les conditions pour leur fonctionnement dans le contexte du procès sont identiques.

Les raisons pour la fusion des notions de technicien et de scientifique sont probablement étroitement liées au rôle joué par la science dans les différentes activités de la vie humaine. Comme dit G. Rocher : « *Depuis toujours [jusqu'à l'arrivée de la science], la technique appartenait à l'univers de la connaissance exclusivement pratique, cumulativement acquise, mais sans aucun fondement ni théorique ni scientifiquement expérimental* »⁷⁸, mais après l'invasion de la science dans le domaine de la technique, celle-là est devenue une partie de la science (la « science appliquée » où la science « apprivoise » la technique). L'exemple de la médecine est significatif : au début c'était le domaine des rebouteurs, mais après l'entrée de la science, son caractère a considérablement changé. Néanmoins, cela ne signifie pas que chaque médecin est un homme de science et que chaque image de la réalité acquise dans le milieu médical est le résultat de l'application des méthodes scientifiques.

Toutefois, quelle que soit la nature de l'expérience technique, dans le présent travail, nous allons suivre la division habituelle et considérer l'expérience technique comme une partie de l'expérience scientifique.

⁷⁸ Guy ROCHER, « La problématique des rapports entre le droit et les sciences », dans Pierre PATENAUDE (dir.), *L'interaction entre le droit et les sciences expérimentales : La preuve d'expertise*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2001, p. 1, à la page 1-2.

C. Comparaison de deux types d'expériences

L'expérience profane et l'expérience scientifique, comme deux méthodes de connaissance de la réalité, sont en effet dans une concurrence ininterrompue, dès le moment où la science a commencé à influencer sur la vie humaine. Le déroulement de ce combat a également un effet sur l'ordre de leur application.

Il est certain que l'expérience profane est beaucoup plus ancienne. En effet, ce mode de connaissance est aussi vieux que l'humanité. La science n'a commencé à prévaloir que dès le XV^e siècle⁷⁹.

Au fur et à mesure où la science entrait dans les différents domaines de la vie, il s'avérait que ses conclusions étaient souvent plus fiables, plus précises que celles de l'expérience profane. Parfois, ses conclusions ont même réfuté les conclusions acquises par l'expérience profane et considérées comme vraies par les générations précédentes. C'était probablement dans ces situations où l'approche typique par rapport à ces deux modes de connaissance de la réalité s'est formée. Cette approche consiste à la supériorité de l'expérience scientifique sur l'expérience profane.

En général, dans le monde « extrajudiciaire », s'il faut résoudre un problème important, l'expérience scientifique est généralement appelée à se prononcer en premier lieu. Par contre, l'expérience profane sert en majorité des cas comme « le moyen du dernier recours », le moyen supplétif, quand la science n'est pas capable de donner de réponse claire.

Toutefois, cette forme habituelle de la relation entre l'expérience scientifique et l'expérience profane n'est pas présente dans le domaine du procès judiciaire. Dans ce domaine, l'expérience profane reste primordiale et l'expérience scientifique est souvent appelée à l'aide lorsque l'expérience

⁷⁹ Le procès civil a été « épargné » de son influence jusqu'à la fin du XVIII^e siècle. Probablement, le premier jugement dans le système de la *common law* qui a admis le témoignage d'expert dans une affaire civile a été rendu en 1782 (*Folkes v. Chadd*, [1782] 3 Doug. K.B. 157, cité dans Charles D. GONTHIER, « Le témoignage d'experts: à la frontière de la science et du droit », (1993) 53 *R. du B.* 187, 189).

profane ne donne pas la réponse ou que la réponse donnée est apparemment trop peu fiable. La *common law* parle même de l'effet de la « mystique de la science »⁸⁰, et admet avec plus ou moins de réticence l'expérience scientifique seulement s'il n'y a pas d'autre possibilité.

La raison de cette relation inverse est probablement étroitement liée aux besoins du procès judiciaire. Celui-ci est appelé à donner la réponse aux parties en litige dans un délai raisonnable, pour un coût abordable et la réponse devrait être perçue comme juste. Pour remplir ces objectifs, l'expérience profane est beaucoup mieux adaptée. Elle peut être utilisée immédiatement et gratuitement. Si le résultat coïncide au sens commun de la population, il sera perçu comme juste. Par contre, le procès civil, assisté par l'expérience scientifique, devient souvent lent et cher. Le résultat peut être jugé comme injuste lorsqu'il est contraire au sens commun. De plus, si l'expérience scientifique avait la priorité sur l'expérience profane, le décideur perdrait sa capacité de résoudre le litige parce que celle-ci aurait été pleinement transmise aux experts.

Il s'ensuit que, dans le procès civil, la relation entre l'expérience scientifique et l'expérience profane est parfaitement renversée, en comparaison avec leur relation habituelle en dehors du monde judiciaire. L'expérience scientifique est admise seulement quand l'expérience profane ne donne pas la réponse claire.

Section 2. Modes de l'utilisation de l'expérience

Cette section s'intéresse aux modes dans lesquels l'expérience peut théoriquement fonctionner dans le cadre du procès civil. Premièrement, nous allons traiter de l'expérience profane, deuxièmement de l'expérience scientifique.

Même si le thème du présent travail consiste à l'analyse de l'utilisation de l'expérience dans un mode assez étroit, celui de détermination des faits, cette section aura trait à l'utilisation de l'expérience dans tous les modes

⁸⁰ *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398, par. 20.

imaginables du procès civil. Il y a deux raisons de cet écart du thème choisi. Premièrement, nous voudrions mettre en relief l'importance de l'expérience dans le procès civil, ce qui devrait découler d'une vaste gamme de modes de son utilisation. Deuxièmement, cette approche élargie pourrait aider à mieux comprendre la spécificité de mode de détermination de fait par rapport à d'autres modes présents dans le cadre du procès civil.

A. Modes de l'utilisation de l'expérience profane

En principe, dans le procès civil il ne s'agit de rien d'autre que de l'application d'une règle juridique à un événement passé⁸¹. Selon ce schéma, nous pouvons parler des questions de droit portant sur le choix d'une règle juridique à appliquer et des questions de fait portant sur la reconstruction d'un événement passé. Le texte suivant sera divisé selon cette distinction.

(i) Questions de droit

En ce qui concerne le droit, l'utilisation de l'expérience peut prendre place à l'occasion de l'interprétation de la norme. Il s'agit d'un « sport » fameux, communément appelé « recherche de l'intention du législateur ». En effet, l'expérience profane s'applique à la recherche de l'intention du législateur à deux niveaux. Premièrement, elle s'applique dans le cas où les normes qui sont claires en soi, ne sont pas claires dans leur ensemble. Deuxièmement, elle s'applique dans les cas où les normes ne sont pas claires comme telles.

Au premier niveau, l'expérience acquiert un caractère de prémisse générale : le législateur est présumé être une personne raisonnable et non pas un fou. En d'autres mots, il s'agit de la présomption de la cohérence des divers éléments de la loi et des lois ensemble⁸². L'application de cette présomption signifie une projection de l'expérience du comportement et de la volonté de la

⁸¹ Supra, p. 6 et suiv.

⁸² Pierre-André CÔTÉ, « *Interprétation des lois* », 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999, p. 433.

personne « normale »⁸³ sur le personnage fictif du législateur. Il est inutile de rappeler que la normalité du législateur est le résultat de l'utilisation de l'expérience profane. Dans ces cas, on applique des schémas du comportement humain habituel: par exemple, une personne normale ne parle pas pour ne rien dire.

Le deuxième niveau est lié à la norme concrète ambiguë qui fait l'objet d'interprétation. Cette situation peut survenir en principe pour deux raisons : à cause de la maladresse du législateur (le législateur n'a pas réussi à être clair) ou à cause de son intention (le législateur n'a pas voulu être clair).

Pour éliminer les effets de la maladresse, le droit utilise une prétendue logique juridique qui consiste en plusieurs raisonnements standardisés⁸⁴, par exemple des arguments « *a pari* »⁸⁵, « *a fortiori* »⁸⁶ ou « *a contrario* »⁸⁷. Ce type de raisonnement ne servirait souvent à rien, s'il n'était pas appuyé sur l'expérience profane.

En ce qui concerne l'intention de ne pas créer de normes claires, la raison la plus fréquente de cette approche est liée au fait que le fragment de réalité ciblé par la norme est si varié que la norme précise deviendrait inefficace. Dans ces cas, le législateur préfère mettre en œuvre une norme vague ou douce, utilisant de notions floues⁸⁸. Ainsi, le contenu de la norme est laissé à l'appréciation du décideur.

Il existe probablement, dans tous les ordres juridiques, une certaine convention linguistique typique pour ce type de législation. Autrement dit, le législateur emploie des expressions standardisées pour signaler aux décideurs

⁸³ Voir par exemple l'arrêt *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, par. 111 et suiv. Dans ce cas, le décideur a utilisé cette prémisse pour établir deux exceptions de l'interprétation large d'une norme concernée.

⁸⁴ P.-A. CÔTÉ, op. cit., note 82, p. 423.

⁸⁵ « *Pareillement, par similitude ou analogie* » (A. MAYRAND et M. MAC AODHA, op. cit., note 27, p. 47).

⁸⁶ « *À plus forte raison* » (Id., p. 33).

⁸⁷ « *Par (raison du) contraire (par contre)* » (Id., p. 9).

⁸⁸ Cette problématique est traitée en détail par exemple dans Ejan MACKAAY, « Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision », (1979) 12 *Langages* 33.

le besoin d'avoir recours à l'expérience profane. L'exemple le plus typique de ce langage est l'utilisation du mot « raisonnable »⁸⁹.

Au fur et à mesure de l'évolution du droit, les instruments juridiques qui sont complètement dépendants de cette technique se sont développés. C'est par exemple le cas de l'obligation de moyens qui est fondé sur l'utilisation de l'expérience projetée sur le modèle abstrait de la personne raisonnable, à savoir du bon père de famille⁹⁰.

Il s'ensuit que, dans le cas des normes vagues par maladresse du législateur, le décideur cherche vraiment l'intention du législateur, malheureusement pas claire, en utilisant souvent le bon sens ou le sens commun. Par contre, si la norme est intentionnellement vague, le décideur ne cherche plus l'intention du législateur parce que l'intention de créer la norme vague est claire. Il crée directement sa propre norme applicable dans le cas particulier en vertu de l'expérience, étant limité seulement par le cadre vague de la norme législative. Le décideur, en formant la norme applicable, peut aussi utiliser le bon sens et le sens commun. Le rôle de l'expérience s'avère ainsi primordial.

En conclusion, il suffit de retenir, aux fins du présent travail que l'expérience profane occupe une position irremplaçable dans le domaine de l'interprétation des normes juridiques, qu'il s'agit d'un domaine spécial avec ces propres questions et problèmes et qu'il faut éviter d'assimiler ce mode de l'utilisation d'expérience au mode de la détermination des faits.

(ii) Questions de fait

Il y a deux modes de l'utilisation de l'expérience profane qui peuvent théoriquement prendre leur place dans le contexte des questions de fait.

⁸⁹ Pour démontrer cet usage, il suffit de mentionner que le *Code civil du Québec* contient 52 dispositions faisant référence à l'adjectif « raisonnable ». Le plus souvent, ce sont des délais raisonnables, des mesures raisonnables, etc. (recherche dans la base des données électronique « LexisNexis », effectué le 7 août 2007).

⁹⁰ Voir par exemple art. 2100, 2138 ou 2088 C.c.Q., qui utilisent ce modèle par l'intermédiaire des mots « prudence et diligence ».

Premièrement, il s'agit du mode où le décideur utilise l'expérience profane pour l'appréciation des éléments de preuve produits. En d'autres mots, le décideur compare l'image, constatée d'après des éléments de la preuve, à l'image de la normalité, fournie par l'expérience profane.

Deuxièmement, il s'agit du mode où le décideur utilise l'expérience profane pour combler les lacunes dans un ensemble d'éléments de preuve produits. Il ne compare pas l'image issue des éléments de preuve avec la normalité, il insère la normalité directement dans cette image. Dans ce sens, il détermine en effet l'histoire reconstruite, les faits par l'expérience profane.

Le premier mode, celui d'appréciation des faits, sera étudié un peu plus en profondeur dans cette section, parce qu'il ne sera traité qu'une seule fois dans le cadre du présent travail. Par contre, le second, celui de détermination des faits, sera traité brièvement, parce qu'il fait l'objet de la deuxième partie du présent travail.

a) Expérience comme mode d'appréciation des faits

En ce qui concerne le mode d'appréciation des faits, l'éventail des situations est assez large. En principe, il existe deux types d'utilisation de l'expérience profane pour apprécier des éléments de preuve. L'expérience est utilisée soit pour apprécier la crédibilité de l'élément de preuve, soit pour apprécier sa valeur probante. Dans les deux cas, il s'agit du processus mental de la comparaison de l'image issue de l'élément de preuve avec celle de la normalité, issue de l'expérience profane.

L'utilisation de l'expérience pour apprécier la crédibilité de l'élément de preuve est la plus fréquente dans la situation d'appréciation de la crédibilité du témoin. Son comportement dans le cas particulier est comparé avec l'expérience profane du décideur du comportement humain normal. La juge McLachlin en parle dans le contexte de la division des tâches entre le juge des faits et la cour d'appel :

*« [...] une cour d'appel qui n'a ni vu ni entendu les témoins et, à ce titre, est incapable d'apprécier leurs gestes, regards, hésitations, tremblements, rougeur, surprise ou bravade, ne saurait substituer son opinion à celle du juge du procès dont c'est précisément la tâche difficile de séparer l'ivraie du bon grain, de scruter les reins et les cœurs pour tenter de découvrir la vérité ».*⁹¹

D'habitude, nous savons par notre expérience quel est le sens du « langage corporel » dans certaines situations et, en vertu de cette expérience, nous apprécions la crédibilité du témoin. D'après certaines recherches, le contenu non verbal du message est même quatre fois plus important que son contenu verbal⁹².

Certainement, ce type d'utilisation de l'expérience a ses limites. L'une d'elles consiste dans le fait que le langage du corps humain est en partie conditionné par la culture à laquelle le témoin appartient. Si le témoin et le décideur sont les membres de la même culture, ils « s'entendent ». Par contre, s'ils proviennent de milieux culturels différents, cela peut poser des problèmes. L'exemple classique de ce malentendu est celui où le témoin appartient à une culture où le regard direct dans les yeux du décideur est un geste d'insolence. Par conséquent, le témoin se regarde les pieds pendant son témoignage. Le décideur, en tant que le membre de la culture occidentale, interprète ce regard comme le signe d'un énoncé mensonger⁹³.

Le deuxième type d'appréciation des éléments de preuve par l'expérience profane, l'appréciation de la valeur probante d'éléments de preuve, est lié au contenu de l'énoncé lui-même. Dans ce cas, le décideur compare le fait découlant du témoignage avec l'ordre normal des choses. L'énoncé contre l'image de la normalité, acquise en vertu de l'expérience, sera considéré comme « incroyable ». Par exemple, si le défendeur déclare qu'il n'avait aucun doute de l'origine de l'objet acheté, même si le prix payé représentait cinq pour cent du prix habituel, sa prétention sera jugée comme

⁹¹ *Laurentide Motels c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, 799.

⁹² National Conference of State Trial Judges (États-Unis), National Judicial College (États-Unis) et American Bar Association, op. cit., note 14, p. 131.

⁹³ Id.

« incroyable » parce que tout le monde à sa place aurait soupçonné que cet objet provenait d'un vol⁹⁴.

Par ces comparaisons de l'expérience profane avec l'image issue des éléments de preuve, le décideur crée son intime conviction. L'utilisation de l'expérience profane est ainsi une condition « sine qua non »⁹⁵ de la création de l'intime conviction. Puisque l'intime conviction est au cœur du principe de la reconstruction de l'événement du passé⁹⁶, il est clair que l'expérience profane, fait partie du fondement de ce principe.

b) Expérience comme mode de détermination des faits

Le rôle de l'expérience profane dans ce mode est souvent incontournable. Pour illustrer cet énoncé, prenons l'exemple du domaine de la responsabilité civile. Dans ce cas, le droit exige qu'il soit prouvé que l'événement A a causé l'événement B⁹⁷. En termes juridiques, il faut prouver le lien causal entre la cause concrète et le dommage concret survenu.

Cependant, il n'arrive pas toujours que l'élément de preuve de ce lien soit produit. D'une manière plus concrète, il n'arrive pas toujours (i) que quelqu'un soit présent exactement au moment où l'événement A est en train de

⁹⁴ Nous pouvons aussi faire référence au jugement où le juge a écarté le témoignage parce qu'il avait jugé comme incroyable que le témoin aurait été capable d'identifier une personne après huit ans (« *The Court finds it rather extraordinary that Terry Coupland could identify Mrs. Smiley in the corridor of the Court House some 8 years after having met Ellen Smiley on October 9, 1984 and January 4, 1985 for approximately ten (10) to fifteen (15) minutes on each of those occasions* » - cité dans le jugement de la Cour d'appel - *Toronto Dominion Bank c. Kahn*, [1997] R.R.A. 50, 55 (C.A.)). La Cour d'appel a cependant infirmé le jugement, statuant que l'expérience profane du juge n'est pas suffisamment connectée avec les faits prouvés ou avec le comportement du témoin (« [...], un juge ne peut ainsi appuyer sur des convictions personnelles, totalement étrangères à la preuve, pour écarter un témoignage. D'autant plus que le témoignage de Terry Coupland est sans faille. Elle a répondu aux questions de façon catégorique, sans hésitation. La spontanéité de ses réponses est flagrante à la lecture de son témoignage. [...] La raison invoquée par le juge n'est pas basée sur ce qu'il a vu ou entendu ou sur l'attitude et le comportement du témoin » - Id.).

⁹⁵ « Sans laquelle (on n'obtient) pas » (A. MAYRAND et M. MAC AODHA, op. cit., note 27, p. 566)

⁹⁶ Supra, p. 11 et suiv.

⁹⁷ Nous ne tenons pas compte de la différence entre la causalité factuelle et les différents concepts de la causalité juridique. Nous partons de la prémisse que la causalité factuelle est plus ou moins identique à la causalité juridique. Pour les détails portant sur cette problématique voir par exemple Jean-Louis BAUDOIN et Patrice DESLAURIERS, « *La responsabilité civile* », 5^e éd., Cowansville, Éditions Y. Blais, 1998, n° 514 et suiv., p. 344 et suiv.).

causer l'événement B, qu'il ait compris entièrement la nature causale de la relation entre les événements A et B et que cette relation ait laissé une empreinte suffisamment forte dans sa mémoire ou (ii) que cette relation modifie manifestement la réalité pour que la relation soit rétrospectivement reconnaissable. Cette absence de l'élément de preuve est régulièrement comblée par l'expérience profane.

Cette manière de résoudre le problème d'un ensemble des éléments de preuve incomplet est appliquée depuis longtemps. Nous pouvons tout autant citer des références aux jugements du début⁹⁸ que la fin⁹⁹ du XX^e siècle. D'ailleurs, la doctrine n'a d'habitude rien contre cette solution :

*« En général, le sens commun et les idées reçues quant aux conséquences normales de certaines gestes ou événements suffisent à tirer les conclusions qui s'imposent sur cet aspect de la causalité ».*¹⁰⁰

c) Zones de l'utilisation mixte

Bien que nous ayons esquissé deux modes de base de l'utilisation de l'expérience dans le domaine des faits, il est évident que cette distinction a ses limites et que la frontière n'est pas toujours nette. Il y a des cas controversés. Mentionnons à titre d'exemple les controverses portant sur la preuve de la causalité en responsabilité médicale.

Il s'agit des cas où le médecin a manqué à l'obligation d'informer le patient des risques inhérents de l'intervention médicale. Cette faute du médecin

⁹⁸ « My Lords, we have had a large citation of authority in this case, and much discussion on what is the true meaning of *causa proxima*. Yet I think the case turns on a pure question of fact to be determined by common-sense principles. What was the cause of the loss of the ship? I do not think the ordinary man would have any difficulty in answering she was lost because she was torpedoed » (*Leyland Shipping Company v. Norwich Union Fire Insurance Society*, [1918] A.C. 350, 362).

⁹⁹ « The nature of causation has been discussed by many eminent philosophers and also by a number of learned judges in the past. I consider, however, that what or who caused a certain event to occur is essentially a practical question of fact which can best be answered by ordinary common sense rather than abstract metaphysical theory » (*Alphacell Ltd. v. Woodward*, [1972] 2 All E.R. 475, 490), cité aussi comme exemple dans *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311, par. 29).

¹⁰⁰ Daniel JUTRAS, « Expertise scientifique et causalité », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Congrès annuel du Barreau du Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 897, à la page 898.

ainsi que le préjudice sont prouvés. Il reste à établir le lien de causalité entre la faute et le préjudice. Dans cette situation type, le médecin déclare régulièrement que le patient aurait consenti à l'intervention médicale même s'il en avait bien informé. Or, le préjudice serait tout de même survenu, indépendamment de la faute du médecin, et le lien de causalité n'existe pas. Par contre, lorsque le patient est interrogé, il nie avec véhémence qu'il aurait consenti à l'intervention s'il avait été bien informé des risques. Le décideur doit ainsi choisir entre deux possibilités : soit que le patient aurait consenti ou non. Les deux possibilités étant hypothétiques, le seul élément de preuve disponible est le témoignage du patient, qui a cependant des motifs de modifier son témoignage.

À propos de ce problème, la doctrine a formulé deux critères opposés pour faire le choix entre deux possibilités¹⁰¹ : le critère objectif et le critère subjectif. D'après le critère objectif, le décideur devrait écarter le témoignage du patient et le remplacer par la réaction hypothétique d'une personne prudente. Si une personne prudente avait refusé l'intervention, le lien de causalité existe et vice-versa. D'après le critère subjectif, le témoignage du patient n'est pas écarté et le modèle de la personne prudente est utilisé seulement pour l'appréciation de la crédibilité du témoignage.

Il s'ensuit que le critère objectif représente en effet l'utilisation de l'expérience profane (la construction de la réaction de la personne prudente) pour insérer un nouveau fait au procès civil en l'absence de l'élément de preuve solide. Par contre, dans le cadre du critère subjectif, l'expérience profane reste limitée à l'appréciation de la crédibilité d'un élément de preuve¹⁰².

Il est possible de spéculer qu'en pratique, il y a vraisemblablement de nombreux cas où le décideur n'est pas capable de dire sans équivoque s'il a décidé du dossier en vertu du critère objectif ou du critère subjectif, à savoir

¹⁰¹ Anonyme, « Informed Consent - A Proposed Standard for Medical Disclosure », (1973) 48 *N.Y.U.L. Rev.* 548.

¹⁰² C'est la solution choisie par la jurisprudence québécoise (*Pelletier c. Roberge*, [1991] R.R.A. 726, 734 (C.A.), *Bouchard c. Villeneuve*, [1996] R.J.Q. 1921, 1925 (C.S.)).

s'il a utilisé l'expérience profane pour combler la lacune dans un ensemble des éléments de preuve ou pour apprécier l'élément de preuve.

B. Modes d'utilisation de l'expérience scientifique

Même si la science a envahi les activités humaines les plus diverses, le domaine des questions de droit reste toujours épargné. Le principe « *iura novit curia* »¹⁰³ est toujours valable, et le décideur ne devrait pas avoir besoin du conseil du scientifique pour déterminer le sens de la norme juridique, à savoir l'intention du législateur. Il serait d'ailleurs étrange que le décideur doive interpréter la norme à l'aide d'un physicien, par exemple. Cette situation signifierait la défaillance totale du législateur dont la tâche est de formuler les normes de manière telle que le destinataire en comprenne le sens.

Il y a une exception à ce principe. Il s'agit de l'expérience technique comme une zone transitoire entre l'expérience profane et l'expérience scientifique. Comme nous l'avons dit, le législateur peut choisir intentionnellement les notions vagues dans une norme juridique. Si le fragment de la réalité qui est assujéti à la norme vague échappe à l'expérience commune, le décideur peut interpréter la norme à l'aide du technicien¹⁰⁴. Puisque cette exception est liée à la question de droit, nous n'allons pas l'analyser plus profondément.

Dans le texte suivant, nous nous concentrerons seulement sur les questions de fait.

(i) Trait essentiel d'utilisation de l'expérience scientifique

L'utilisation de l'expérience scientifique dans le procès civil se caractérise par un trait qui est étranger à l'utilisation de l'expérience profane.

¹⁰³ « *La cour connaît le droit (de son pays)* » (A. MAYRAND et M. MAC AODHA, op. cit., note 27, p. 276).

¹⁰⁴ Voir par exemple le rôle des témoignages d'expert pour établir la faute médicale. Dans ces cas, pour décider de la faute il faut tout d'abord déterminer l'obligation qui aurait du être remplie. Cette obligation, la norme de comportement humain, est déterminée à l'aide l'expérience technique du témoin-médecin. Le témoignage d'expert ne sert pas à résoudre la question de fait, mais la question de droit (quelle était la norme dans le cas particulier). Voir par exemple *Parenteau c. Drolet*, [1994] R.J.Q. 689 (C.A.).

Elle est insérée au procès civil par l'expert, une personne différente du décideur¹⁰⁵. Par conséquent, cette personne peut être perçue comme un élément hostile au milieu du droit qui limite la souveraineté du décideur¹⁰⁶. Si l'utilisation de l'expérience profane est en principe illimitée ou limitée seulement par le contenu de l'expérience profane de décideur en appel, l'utilisation de l'expérience scientifique est par contre l'objet de limites beaucoup plus sévères.

La jurisprudence a défini le rôle du témoin expert dans le procès judiciaire comme le celui du fournisseur de

*« son opinion d'expert sur le sens des faits établis, ou sur les conclusions à en tirer, dans un domaine où le témoin expert possède des connaissances et une expérience qui dépassent celles du juge des faits ».*¹⁰⁷

Il s'ensuit de cette citation un élément notoire qui ne peut être occulté : l'expert a le privilège de fournir au décideur son opinion, c'est-à-dire l'application de son expérience spécialisée dans le cas particulier. Ce droit distingue l'expert du témoin ordinaire, qui doit limiter son témoignage uniquement aux faits de l'événement du passé qu'il a perçu par n'importe quel de ses cinq sens et s'abstenir de faire n'importe quelle appréciation de ses perceptions¹⁰⁸. Le décideur n'est pas cependant lié par l'opinion de l'expert¹⁰⁹.

¹⁰⁵ Cet énoncé est valable pour le procès civil, mais il n'est plus valable pour le procès de droit administratif. Nous faisons allusion à la composition du Tribunal administratif du Québec. Une partie des juges est nommée des rangs des experts ayant parfois des connaissances, à savoir des expériences scientifiques pertinentes pour l'exécution de la fonction du juge en matière spécialisée. Dans ces cas, l'expérience scientifique est insérée au procès judiciaire par les juges mêmes, sans qu'il soit nécessaire de faire l'appel à des tierces personnes.

¹⁰⁶ « *L'envahissement du droit de la famille par la psychologie risque d'être à l'origine d'une démission du juge au profit des experts [...]* » (Frédérique Dreifuss-Netter, cité dans J.-M. CARBASSE et L. DEPAMBOUR-TARRIDE, « Présentation », op. cit., note 41, à la p. 16) ou « *Permettre que les témoignage de médecins experts déterminent quels sont les risques importants et, donc, ceux à divulguer et, corrélativement, quels risques ne sont pas importants, équivaut à confier à la profession médicale toute la question de la portée du devoir de divulgueur, y compris celle de savoir s'il y a eu manquement à ce devoir* » (Reibl c. Hughes, [1980] 2 R.C.S. 880, 894).

¹⁰⁷ R. c. Béland, précité, note 80, 415. Il s'agit d'un jugement du procès pénal, mais nous croyons qu'il est aussi pleinement applicable au procès civil.

¹⁰⁸ Ce principe n'est pas absolu et il y des cas où la jurisprudence a admis au témoin ordinaire de compléter sa reproduction des faits par ses opinion personnelles (voir par exemple l'opinion sur l'ivresse d'une personne dans le cas R. c. Graat, [1982] 2 R.C.S. 819, 837).

Ce qui nous intéresse dans cette section, ce sont les modes de l'utilisation de cette opinion. Nous allons vérifier la présence des mêmes modes que nous avons trouvés dans le cas de l'expérience profane. Nous allons commencer par le mode de l'appréciation des faits, ensuite nous allons continuer par le mode de détermination des faits.

(ii) Expérience comme mode d'appréciation des faits

Il découle du jugement *R. c. Béland*¹¹⁰ que l'expérience scientifique peut fonctionner dans le mode de l'appréciation de la force probante des éléments de preuve (« *les sens des faits établis* »). Ce mode est évident.

Toutefois, ce jugement ne donne pas de réponse claire en ce qui concerne la possibilité de l'utilisation de l'expérience scientifique pour apprécier la crédibilité des éléments de preuve. Nous allons ainsi nous concentrer sur cette question.

Abordant cette question, il faut distinguer parmi les différents types d'éléments de preuve. Évidemment, celui qui a probablement été traité le plus souvent est le témoignage ordinaire¹¹¹, mais il faut également mentionner l'écrit et l'enregistrement sonore ou audio.

En ce qui concerne le témoignage ordinaire, la jurisprudence canadienne, faisant référence à la doctrine américaine¹¹², a adopté une position

¹⁰⁹ Voir par exemple art. 2845 C.c.Q. ou *Charpentier c. Compagnie d'assurances Standard Life*, [2001] R.R.A. 573 (C.A.).

¹¹⁰ Précité, note 80, 107.

¹¹¹ Il est assez intéressant de noter que malgré l'attention portée au témoignage dans la doctrine civiliste, celui-ci est presque absent de la pratique civiliste en République Tchèque, pays d'origine de l'auteur de ce mémoire. En cinq années de pratique du droit commercial devant les tribunaux, l'auteur a rencontré le témoignage seulement trois fois. Dans le milieu d'avocats, il existe l'opinion que le témoignage est un moyen de dernier recours pour faire valoir son droit parce l'application de la loi de Murphy (connue aussi sous le nom de la « Loi de la tartine beurrée ») ne peut être évitée: « Aussi parfaite que soit la préparation de ton témoin, il dira finalement toujours quelque chose qui détruira ta prétention ».

¹¹² Michael ABBELL, « Polygraph Evidence: The Case against Admissibility in Federal Criminal Trials », (1977) 15 *Am. Crim. L.R.* 29, 55 (« *Witness or defendant veracity has seldom been viewed a technical issue on which "untrained" laymen are unqualified to reach intelligent determinations after being exposed to all of the evidence in a case. Indeed, it has been the traditional function of jurors in our system to apply their own daily experiences to the testimony and the other evidence presented to them to determine which witnesses are truthful. It is the jurors' own "expertise" in conducting their personal and business affairs which our*

univoque. Dans le cas portant sur la possibilité d'appréciation du témoignage à l'aide du détecteur de mensonges, la Cour suprême a dit :

« [...] dans le règlement de litiges devant les tribunaux, les questions de crédibilité doivent être tranchées par des juges des faits qui sont des êtres humains et qui utilisent leur expérience des affaires humaines et fondent leur jugement sur leur appréciation du témoin et sur un examen de la manière dont un témoignage donné s'insère dans le tableau général qui se dégage d'un examen de l'affaire dans son ensemble ».¹¹³

Même si ce jugement a été rendu dans le contexte de la *common law*, qui est en général plus sévère quant à l'admissibilité de l'expérience scientifique au procès judiciaire¹¹⁴, il est évident que ce jugement s'impose aussi en droit civil¹¹⁵. L'utilisation de l'expérience scientifique est ainsi interdite pour l'appréciation de la crédibilité des témoins.

En ce qui concerne les écrits sous seing privé, la partie appuyant sa prétention sur un tel écrit peut être forcée de faire la preuve de sa confection. Elle peut être obligée de prouver que l'écrit provient de la personne qui l'a apparemment préparé et signé. Le plus souvent, la partie chargée utilisera la preuve sous la forme du témoignage ordinaire, par exemple le témoignage des personnes qui ont assisté à la rédaction de l'écrit¹¹⁶. Toutefois, il n'est pas exclu que l'authenticité de l'écrit soit prouvée par l'intermédiaire de l'expérience scientifique, par la voie du témoignage de l'expert en graphologie¹¹⁷. L'expérience scientifique a ainsi trouvé sa place dans l'appréciation de la crédibilité des éléments de preuves constitués d'écrits.

judicial system has long regarded as making them specially qualified to make this determination »).

¹¹³ R. c. *Béland*, précité, note 80, 419-420.

¹¹⁴ Dans le droit pénal, le témoignage d'expert est admissible seulement lorsque cela s'avère nécessaire (R. c. *Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, par. 21-25). Par contre, dans le droit civil, il suffit que le témoignage d'expert s'avère utile (*Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374, par. 161).

¹¹⁵ D'ailleurs, C. D. Gonthier fait référence à ce jugement dans le contexte d'un article qui traite de la problématique de la preuve scientifique aussi dans le contexte du droit civil (C.D. GONTHIER, loc. cit., note 79, 188).

¹¹⁶ L. DUCHARME, op. cit, note 20, n° 383, p. 159.

¹¹⁷ « And, in a case of this sort, it is difficult to see how the alleged forgery could be exposed except by experts and competent opinion evidence [...] Il n'y a pas de doute que dans le cas actuel le juge aurait eu parfaitement le droit de nommer des experts en écriture » (*Pratte v. Voisard*, [1918] 57 S.C.R. 184, 186-187, 201).

À la différence de l'écrit sous seing privé dont la crédibilité est l'objet de preuve judiciaire le plus souvent à la suite de la contestation de la partie adverse¹¹⁸, l'enregistrement sonore devrait être théoriquement prouvé chaque fois qu'il est invoqué devant le tribunal¹¹⁹. Le décideur vérifie « [...] l'identité des locuteurs, ensuite que le document est parfaitement authentique, intégral, inaltéré et fiable et enfin que les propos sont suffisamment audibles et intelligibles »¹²⁰. Cette exigence est généralement résolue par la voie des témoignages ordinaires¹²¹. Toutefois, dans la seconde moitié du XX^e siècle, la science¹²² a vu évoluer l'appareil¹²³ capable de reproduire graphiquement les ondes émises par des voix enregistrées. La reproduction graphique s'appelle « vocogramme ». Par la comparaison du vocogramme de l'enregistrement en cause avec celui de l'échantillon de voix connu¹²⁴, il peut être établi si la voix enregistrée est identique à celle de l'échantillon. Dès les années 1960¹²⁵, ce mode scientifique d'identification des locuteurs a été tenté par les avocats devant les différents tribunaux aux États-Unis, avec des succès variables. Une partie des tribunaux avait jugé ce type de preuve irrecevable à cause de manque du consensus sur ce mode de preuve dans la communauté scientifique¹²⁶. Par la suite, cette méthode d'identification des voix a été rigoureusement vérifiée par plusieurs scientifiques. Actuellement, cette manière scientifique de la vérification de la crédibilité de cet élément de preuve est devenue de plus en plus acceptée aux États-Unis ainsi qu'au Canada¹²⁷.

Il s'ensuit que, dans le domaine de l'appréciation de la crédibilité de l'élément de preuve de l'événement du passé, c'est toujours l'expérience

¹¹⁸ Art. 89 C.p.c.

¹¹⁹ Cette question n'est pas absolument claire mais ce problème ne fait pas le thème du présent travail (voir par exemple Claude FABIEN, « La preuve par document technologique », (2004) *R.J.T.* 533, 589, ou L. DUCHARME, op. cit, note 20, n° 781, p. 316).

¹²⁰ *Cadieux c. Service de gaz naturel Laval inc.*, [1991] R.J.Q. 2490, 2495 (C.A.).

¹²¹ Par exemple *C.H. c. D.L.*, [2001] R.D.F. 82 (C.S.) ou J.-C. ROYER, op. cit., note 17, n° 967, p. 721.

¹²² Concrètement, c'était Lawrence G. Kersta (pour les détails, voir par exemple Daniel A. BELLEMARE, « L'identification d'un accusé par ses vocogrammes », (1978) 56 *R. du B. can.* 440).

¹²³ Le spectrographe acoustique (*sound spectograph*).

¹²⁴ Certainement, l'enregistrement de la voix aux fins de l'obtention de l'échantillon pose d'autres questions juridiques.

¹²⁵ Le premier cas largement médiatisé a été *People v. King*, 72 Cal. Rptr. 478 (1968).

¹²⁶ Par exemple *U.S. v. Addison*, 498 F. 2d 741 (1974). Ce jugement se réfère au critère appelé comme « Frye Test » (*Frye v. U.S.*, 293 F. 1013 (1923)).

¹²⁷ Voir aussi J.-C. ROYER, op. cit, note 17, n° 947, p. 723.

profane qui joue le premier rôle. Cet énoncé est particulièrement vrai dans l'appréciation de la crédibilité des témoins, où l'expérience scientifique a été (jusqu'à ce jour) complètement repoussé. Toutefois, dans d'autres types des éléments de preuves comme l'écrit et l'enregistrement, le rôle de la science n'est plus négligeable et il est appelé à croître avec le temps.

(iii) Expérience comme mode de détermination des faits

Pour éclairer l'utilisation de l'expérience scientifique comme mode de détermination des faits, il faut traiter brièvement du mode du raisonnement scientifique. Dans ce contexte, C. D. Gonthier a dit que :

*« Le scientifique [...] cherche toujours à établir une règle générale [...]. Ses conclusions ou ses opinions seront reconnues comme scientifiquement valables si elles dépassent le cas individuel. Plus l'expérience est répétée, meilleure sera son assise ».*¹²⁸

L'expérience scientifique, en tant que résultat de ces essais multiples, a d'habitude la forme d'une statistique (par exemple, dans 70 % des essais, la situation X est survenue). Dans le contexte du procès civil, le scientifique est aux prises avec le besoin contraire. Il n'est pas appelé à trouver de grands principes, mais à contribuer à la reconstruction d'un « essai » concret qui s'est produit dans le passé, et dont description est d'habitude incomplète. Cette situation peut ressembler à une équation à plusieurs inconnues. L'expert résout parfois cette équation par la substitution de l'une ou de plusieurs inconnues par l'expérience scientifique ayant la forme statistique susmentionnée.

Dans ce sens, l'expérience scientifique ressemble à l'expérience profane. Toutes les deux substituent les informations manquantes dans le « casse-tête » de la reconstruction de l'histoire par les statistiques. L'expérience scientifique apporte une statistique fondée sur une méthodologie rigoureuse ; l'expérience profane travaille plutôt avec une statistique « intuitive ».

¹²⁸ C. D. GONTHIER, loc. cit., note 79, 193-194.

Il faut néanmoins ajouter que ce mode de l'utilisation de l'expérience scientifique n'est pas univoque et évident. La jurisprudence est divisée par rapport à ce mode d'utilisation. Ce sujet sera traité en plus grand détail dans la deuxième partie du présent travail.

En conclusion de cette section, il faut constater la forte présence de l'utilisation de l'expérience dans le procès civil. L'expérience profane est présente tant dans le domaine du droit que dans le domaine du fait. Elle est appliquée dans le mode de détermination des faits, aussi bien que dans le mode de leur appréciation (appréciation de la force probante et de la crédibilité des éléments de preuve). L'utilisation de l'expérience scientifique est par contre un peu plus limitée. Elle est absente dans le domaine du droit, sauf une exception. Dans le domaine du fait, sa présence est concentrée dans le mode de l'appréciation de la force probante des éléments de preuve. Néanmoins, nous pouvons également la rencontrer dans les modes où elle contribue à la détermination des faits ou à l'appréciation de crédibilité des éléments de preuve.

Chapitre 3. La confrontation de l'utilisation de l'expérience avec les principes procéduraux

Après l'analyse de certains principes régissant le déroulement du procès civil et des notions d'expérience profane et d'expérience scientifique ainsi que les modes de leur utilisation dans le procès civil, il est opportun d'analyser la relation entre ces principes et les deux types d'expériences.

Comme le thème du présent travail est limité à l'expérience comme mode de détermination de fait, nous limiterons notre confrontation à la comparaison des principes procéduraux avec l'utilisation de l'expérience dans le cadre de ce mode. L'utilisation de l'expérience comme mode d'interprétation du droit ou d'appréciation des faits sera mise de côté.

Dans la première section de ce chapitre nous allons faire ressortir les divergences entre l'expérience et les principes procéduraux. Dans la deuxième section, nous aborderons les raisons de cet état des choses.

Section 1. Points de divergence

Cette section sera divisée en deux passages, selon le type de l'expérience envisagée : l'expérience profane et l'expérience scientifique.

A. Expérience profane

L'utilisation de l'expérience comme mode de détermination de faits représente une dérogation au principe de la recherche de la vérité, c'est-à-dire de la reconstruction de l'événement du passé.

Si l'expérience profane est substituée à cette constatation, il y a un grave risque que nous nous éloignons de la vérité. Comme il a été mentionné plus haut, l'expérience profane est, dans le meilleur des cas, fondée sur ce qui se passe habituellement (le bon sens) et, dans le pire des cas, elle n'a rien en commun avec ce qui s'est passé en réalité (le sens commun rempli de préjugés, la désinformation, etc.). Même si le décideur utilise dans le cas particulier le bon sens, et non le sens commun, l'image reconstruite de l'événement passé, dérivé de ce qui passe habituellement, ne doit pas répondre de ce qui s'est effectivement passé.

Voici un exemple jurisprudentiel qui porte sur l'effet de l'utilisation de l'expérience. C'est un exemple d'utilisation de l'expérience comme mode d'appréciation de la crédibilité du témoignage et non directement sur l'utilisation de l'expérience comme mode de détermination des faits, toutefois il est quand même instructif. Dans l'affaire *R. c. S. (R.D.)*¹²⁹, la Cour suprême a dû déterminer lequel de deux témoignages contradictoires, celui d'un accusé et celui d'un policier, était vrai. Une partie de la Cour suprême a appliqué l'expérience profane, qui conduisait à la conclusion que les policiers ont d'habitude une attitude raciste par rapport aux accusés et, par conséquent, elle a

¹²⁹ *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484.

préféré le témoignage de l'accusé à celui du policier. L'autre partie de la Cour s'y est opposée, soutenant que ce raisonnement était fautif puisque « *l'expérience de la vie ne peut pas se substituer à la preuve* »¹³⁰. Dans ce cas, l'opinion selon laquelle l'expérience peut combler ou même remplacer les éléments de preuve l'a emporté, et le pourvoi de l'accusé a été accueilli. La décision était ainsi finalement fondée sur le postulat suivant: « Comme les policiers sont d'habitude racistes et comme vous êtes policier, vous êtes raciste et votre témoignage n'est pas crédible ».

En ce qui concerne la relation entre l'expérience profane et le principe de l'abstraction des connaissances acquises hors du procès, la nature de la relation est aussi claire: il y a contradiction. L'expérience profane, sous forme de bon sens et de sens commun, est nécessairement acquise hors du procès. Il s'ensuit que son utilisation devrait être évitée si l'on appliquait le principe de l'abstraction des connaissances acquises hors de procès.

Quant à la relation de l'expérience profane avec le troisième principe, soit celui de l'exclusion de la preuve par ouï-dire, il n'y a pas de contradiction directe. Ce principe s'impose en effet seulement aux témoins, et l'expérience profane ne peut pas être insérée au procès par les témoins. Nous avons déjà dit que le témoin pouvait en principe seulement reproduire les faits qu'il a perçus mais qu'il lui est interdit de faire n'importe quel raisonnement sur ces faits¹³¹. L'expérience profane est cependant le résultat d'un certain raisonnement et son insertion au procès est ainsi réservée au décideur. Il est vrai que les parties suggèrent fréquemment au décideur tel ou l'autre raisonnement, mais la décision de retenir ces suggestions appartient toujours au décideur.

¹³⁰ Id., 497-498. Cette approche peut être documentée par une autre citation du même jugement: « *Les tribunaux canadiens se sont, au cours des dernières années, opposée au classement des personnes en catégories de comportements prévisibles. Si le juge, dans une affaire d'agression sexuelle, donnait comme directive au jury ou se rappelait qu'étant prostituée la personne qui a porté la plainte a probablement consenti, ou que les prostituées sont susceptibles de mentir sur des questions comme l'agression sexuelle, sa décision serait infirmée. De telles présomptions n'ont aucune place dans un système judiciaire qui traite tous les témoins sur un pied d'égalité. Notre jurisprudence interdit de lier la crédibilité à des choses aussi pertinentes que le sexe, la profession ou une apparente prédisposition chez les individus d'un groupe* » (Id., 498).

¹³¹ Supra, p. 43.

Toutefois, si nous oublions pour un instant que le principe de l'exclusion de la preuve par ouï-dire s'impose seulement aux témoins et non au décideur, nous pourrions dire que l'utilisation de l'expérience profane est souvent utilisée contrairement à l'interdiction du ouï-dire. Plus concrètement, ce sera chaque fois le décideur utilisera le sens commun, qui est en effet de la nature du ouï-dire, et non son bon sens, basé sur propre expérience. Ces situations seront d'autant plus fréquentes que les décideurs ont tendance à ne pas utiliser leur propre expérience, ce qui risquerait d'entacher leur neutralité, pour plutôt se fier à celle des autres¹³².

B. Expérience scientifique

Si l'expérience scientifique est utilisée pour combler les lacunes dans l'ensemble des éléments de preuve, il est évident que cette utilisation est contraire au principe de la reconstruction de l'événement du passé. La raison est la même que dans le cas de l'expérience profane¹³³.

Par contre, il n'y a pas de divergence entre l'expérience scientifique et le principe d'exclusion de connaissances personnelles acquises hors du procès. Ce principe s'impose seulement au décideur et non à l'expert. Celui-ci est, au contraire, invité à utiliser l'expérience scientifique qu'il détient et qu'il a acquise hors du procès. C'est d'ailleurs pour cela qu'il est appelé à aider le décideur dans le contexte du procès civil.

Finalement, en ce qui concerne la relation entre l'expérience scientifique et la règle de prohibition de la preuve par ouï-dire, il y a une divergence claire. Le scientifique de l'époque actuelle, en témoignant dans le procès civil, n'est évidemment pas capable d'appuyer ses opinions uniquement

¹³² « Le juge Wright a dit qu'il avait de sérieuses difficultés à appliquer le critère des normes sociales, affirmant, d'une part, qu'un juge ne saurait se fonder sur son expérience pour rendre une décision factuelle et, d'autre part, qu'il considère peu fiables ses opinions fondées sur sa propre "expérience" » (R. c. Butler, [1992] 1 R.C.S. 452, par. 8) ou « [...] it is nevertheless clear that a trial court is not justified in acting on its own personal knowledge of or familiarity with a particular matter, alone and without more » (R. v. Potts, [1982] 26 C.R. (3d) 252, 263 (Ont. C.A.)).

¹³³ Dans ce sens, par exemple : « [...] il existe un abîme profond entre les chances statistiques d'évolution d'une affection donnée, et les chances individuelles du patient atteint par cette affection » (Jean PENNEAU, « La responsabilité médicale », Paris, Éditions Sirey, 1977, p. 122).

par ses propres essais et sa propre connaissance de la réalité. Il est commun que son image de la réalité insérée au procès soit fondée sur des opinions, des essais, des hypothèses d'un grand nombre d'autres personnes qui évidemment ne témoignent pas dans le procès. Mentionnons dans ce contexte les mots de C. D. Gonthier :

*« [...] la cueillette des informations sur lesquelles les experts fondent parfois leur réflexion fait appel au oui-dire ; je pense ici aux sondages, aux statistiques, notamment. Or ce mode d'information, de connaissance est parfaitement reconnu et accepté dans le milieu scientifique alors que traditionnellement notre droit le rejette ».*¹³⁴

Dès lors, cette confrontation sommaire démontre que chacun des deux genres d'expérience est contraire à au moins deux de trois principes du droit civil analysés ci-dessus. L'expérience profane autant que l'expérience scientifique, si elles sont insérées directement à l'histoire reconstruite, trahissent le principe de la reconstruction de l'événement passé. En même temps, l'expérience profane outrepassé l'impératif interdisant au juge l'utilisation des connaissances acquises hors du procès et l'expérience scientifique déroge du principe de l'exclusion de la preuve par oui-dire.

Section 2. Nécessité et opportunité de l'utilisation de l'expérience

L'expérience utilisée comme mode de détermination des faits et les principes susmentionnés, considérés dans le monde occidental à l'époque actuelle comme des principes de base, ont l'inconvénient d'être antagonistes. Dans cet état des choses, il importe de savoir pourquoi l'expérience est tout de même si fréquemment utilisée au cours du procès civil. Il y a probablement deux raisons : la nécessité de son utilisation et l'opportunité de son utilisation.

A. Nécessité de l'utilisation de l'expérience

Comme nous l'avons dit, le décideur a dans le procès civil deux tâches : découvrir ce qui s'est passé et appliquer correctement la norme juridique à l'état constaté des choses.

¹³⁴ C. D. GONTHIER, loc. cit., note 79, 196.

Même si nous oublions les difficultés attachées à la recherche de la vérité découlant du fait que le décideur ne peut pas la réaliser tout à fait librement par ses propres moyens, étant plus ou moins dépendant de l'initiative des parties en litige (qui sont elles-mêmes limitées par des règles de preuve rigoureuses), cette recherche de la vérité demeure difficile. Cet énoncé est vrai même si nous mettons aussi à l'écart la quasi-totalité de la discussion philosophique portant sur les limites de la connaissance de la vérité¹³⁵.

La difficulté de la recherche est liée avec celle du retour dans le passé. Le décideur est limité à la « lecture des empreintes », laissées par l'événement, reconstruites dans le monde environnant. Le noyau du problème réside dans le fait que ces empreintes sont souvent insuffisantes pour obtenir une image claire de l'événement, ce qui est nécessaire pour que le décideur puisse choisir la norme juridique appropriée. Autrement dit, le décideur arrive fréquemment à un constat de l'état « *non liquet* »¹³⁶.

Si les principes classiques occidentaux du procès civil étaient appliqués sans aucune exception, bon nombre d'actions intentées en justice auraient dû être rejetées. Le décideur, n'ayant pas été capable de déchiffrer ce qui s'est passé, aurait été obligé d'appliquer la règle du fardeau de la preuve et de décider au détriment de la partie qui avait manqué à son obligation de produire une preuve claire et complète. La justice ne pourrait fonctionner de cette manière et les justiciables auraient commencé à chercher immédiatement d'autres voies pour résoudre leurs conflits.

La seule voie pour éviter ces conséquences indésirables est de combler les lacunes dans l'ensemble des éléments de preuve par l'expérience (« nous ne savons pas ce qui s'est produit, mais nous savons ce qui se produit habituellement dans semblables situations »). Le prix à payer est évident : il

¹³⁵ Voir la discussion sur l'impossibilité de la connaissance de la réalité, menée par exemple par les partisans de postmodernisme (par exemple Michel FOUCAULT, « *Les mots et les choses : une archéologie des sciences humaines* », coll. « Bibliothèque des sciences humaines », Paris, Gallimard, 1966 ou Jean-François LYOTARD, « *Rapport sur les problèmes du savoir dans les sociétés industrielles les plus développées* », Québec, Conseil des universités, 1979).

¹³⁶ « *Il n'est pas clair* » (A. MAYRAND et M. MAC AODHA, op. cit., note 27, p. 400).

faut écarter des principes traditionnels ou tolérer certains écarts. Néanmoins, il n'y a pas d'autre solution, et dans ce sens la dérogation est nécessaire.

En outre, il faut ajouter que cette solution n'est pas exclusive au droit, qui n'a adopté que l'approche communément appliquée hors de son « royaume ». Les gens dans la vie quotidienne « extrajudiciaire » utilisent l'expérience pour la connaissance de la réalité tout à fait couramment. Le procès civil n'a pas d'autre choix que de suivre la réalité présente hors de ses frontières et accepter un certain assouplissement des principes analysés ci-dessus. Dans ce contexte, J. Macur affirme :

[Traduction de l'auteur] : « On peut peut-être ajouter que la pratique judiciaire n'est dans ce sens qu'un allongement de la pratique quotidienne, dans laquelle les gens partent des connaissances de l'expérience générale, alors que leur propre effort cognitif est concentré sur les problèmes spéciaux relativement étroitement définis. Si l'homme devait acquérir toutes les connaissances, nécessaires dans la société moderne, uniquement en vertu de sa propre activité cognitive, il ne pourrait jamais réussir. L'utilisation des connaissances de l'expérience générale n'est pas la solution de la pénurie, moins valable ou l'acquisition subsidiaire des connaissances, mais une démarche tout à fait souveraine, nécessaire et irremplaçable de la société du taux d'organisation élevé, profitant des connaissances vérifiées en tant que le résultat de la vie de plusieurs générations ». ¹³⁷

B. Opportunité de l'utilisation de l'expérience

Nous pouvons induire de l'analyse des cas de la pratique qu'il existe aussi une deuxième catégorie. Dans ces cas, l'empreinte (l'élément de preuve) de l'événement dans la réalité n'est pas nécessairement insuffisante, mais sa collecte et sa lecture s'avèrent trop exigeantes, quant au temps, à l'énergie et à l'argent qu'il faudrait y consacrer.

Si l'on observait les principes procéduraux trop strictement, le procès civil cesserait de fonctionner comme mode efficace de solutions des litiges

¹³⁷ J. MACUR, op. cit., note 12, p. 179.

dans le sens de l'adage anglais « Justice delayed, justice denied ». Bref, le procès deviendrait trop lourd et trop lent.

Dans de tels cas, le droit accepte un compromis. Il se résigne à l'application desdits principes, à condition que l'expérience entrant au procès soit suffisamment « fiable ».

La fiabilité est suffisante lorsque la probabilité d'identité entre l'événement reconstruit et l'événement habituel est à ce point proche de la certitude que le risque que l'événement reconstruit diffère de l'événement habituel est tout à fait acceptable par rapport à l'effort, au temps et au coût « menaçant » en cas de la recherche minutieuse de la vérité. Autrement dit, la recherche de la vérité est improductive, lorsqu'il est certain ou presque certain que le résultat correspondrait à ce qui se produit d'habitude.

La frontière entre ces deux types de justification de l'utilisation de l'expérience comme mode de détermination des faits est cependant floue parce que l'impossibilité et la difficulté extrême peuvent être des notions très proches.

Conclusion partielle sur la première partie

Nous pouvons résumer cette partie par les constatations suivantes. Au procès civil occidental, on peut remarquer deux mouvements antagonistes.

D'une part, il y a les principes classiques qui devraient avoir pour effet l'exclusion de l'utilisation de l'expérience comme de détermination de fait dans le procès civil. Il y en a deux ou trois (selon le système juridique envisagé) : le principe de la reconstruction de l'événement concret du passé, le principe de l'abstraction des connaissances acquises hors du procès et le principe de l'exclusion de preuve par ouï-dire. Ces principes ne sont pas naturellement évidents ou immuables, toutefois leur validité ne peut pas être actuellement niée.

D'autre part, il y a l'expérience comme un élément extrajudiciaire, qui, suivant les principes procéduraux, ne devrait pas entrer dans le procès civil, mais qui joue néanmoins un rôle important. Que ce soit l'expérience profane ou l'expérience scientifique, elle s'infiltré au système juridique du procès civil d'une manière sans doute abondante. Cette pénétration est motivée soit par sa nécessité, soit par son opportunité.

La deuxième partie sera consacrée à l'analyse des instruments juridiques concrets par lesquels l'expérience entre au procès civil aux fins de la détermination des faits et à l'analyse des problèmes que cette pénétration évoque.

PARTIE II. LES VOIES DE L'EXPÉRIENCE DANS LE PROCÈS CIVIL

L'objet de cette partie est l'analyse de trois instruments juridiques qui peuvent être préalablement soupçonnés d'être des « contrebandiers » qui amènent l'expérience comme mode de détermination des faits au procès civil.

Cette partie est divisée en trois chapitres qui sont consacrés progressivement à la connaissance d'office, à la présomption de fait et au témoignage d'expert.

Dans les deux premiers chapitres, nous porterons d'abord attention à la vérification de l'hypothèse que l'instrument analysé travaille en effet de pair avec l'expérience aux fins de la détermination des faits. En cas de réponse positive, nous nous concentrerons sur les critères par lesquels le droit délimite le flux excessif ou incontrôlable de l'expérience dans le procès civil. La structure du troisième chapitre sera différente parce que la présence de l'élément de l'expérience scientifique dans le témoignage d'expert est d'emblée évidente. Dans le troisième chapitre, nous allons nous concentrer sur les raisons de l'accès difficile de l'expérience scientifique comme mode de détermination des faits dans le procès civil.

Chapitre 1. La connaissance d'office

D'habitude, la doctrine constate que cet instrument représente une exception « officielle » à la règle interdisant au décideur l'utilisation des connaissances acquises hors du procès¹³⁸, traitée dans la première partie du présent travail. Or, cet instrument mérite notre analyse.

¹³⁸ Par exemple, Hamish STEWART, « *Evidence : A Canadian casebook* », Toronto, Emond Montgomery Publications, 2002, p. 930; J.-C. ROYER, op. cit., note 17, p. 79.

C. Fabien définit ainsi la connaissance d'office :

*« La connaissance d'office est une règle de preuve qui dispense une partie de prouver en principe la règle de droit dont elle réclame le bénéfice ainsi que certains faits généraux nécessaires à son application et qui oblige le juge à leur accorder dans son jugement les mêmes conséquences que s'ils avaient été prouvés ».*¹³⁹

Il s'ensuit que le domaine de la connaissance d'office est très large. Il touche le droit, ainsi que les faits. Nous allons nous pencher seulement sur les cas où la connaissance d'office dispense une partie de la preuve des faits.

L'un des traits de la définition de la connaissance d'office est qu'elle fonctionne indépendamment des éléments de preuve produits dans le cas particulier. La connaissance d'office insérée au procès n'est pas le résultat d'un raisonnement fondé sur les éléments de preuve précédemment produits, ce qui différencie cet instrument de l'autre, à savoir la présomption de fait.

En tenant compte du fait que la connaissance d'office dans le contexte du procès civil québécois prend ses racines dans la *common law*¹⁴⁰, nous allons puiser dans la jurisprudence et la doctrine québécoises ainsi que dans celles de la *common law*.

Section 1. Présence de l'expérience dans la connaissance d'office

Cette section comporte deux volets. Le premier consiste à la vérification de la présence de l'expérience dans la connaissance d'office. Le second tente de vérifier si l'expérience, présente dans la connaissance d'office, peut servir à la détermination des faits.

¹³⁹ C. FABIEN, loc. cit., note 37, 438.

¹⁴⁰ C. FABIEN, loc. cit., note 37, 436.

A. Vérification de la présence de l'expérience

Comme l'expérience représente du point de vue juridique une certaine sorte de fait¹⁴¹, nous allons analyser les types de faits qui peuvent être connus d'office. Si l'un des types correspond à l'expérience, sa présence sera vérifiée.

Les faits admis d'office par les tribunaux sont d'une nature très différente; il est ainsi difficile de faire une classification universelle. Dans ce contexte, il semble utile d'utiliser la typologie de K. C. Davis, qui a proposé six échelles selon lesquelles peuvent être classifiés les faits au procès judiciaire¹⁴². Aux fins de la présente vérification, nous pouvons nous limiter à la première échelle, qui a deux pôles : des faits étroits et spécifiques d'un côté et des faits larges et généraux de l'autre. L'expérience appartient à cette dernière. Il faut ainsi vérifier si la connaissance d'office se rapporte également aux faits généraux.

Il découle de l'analyse de la jurisprudence que la connaissance d'office comporte des faits appartenant aux deux pôles. D'une part, il est possible de rencontrer des affaires où le décideur a reconnu d'office de tels faits concrets, comme la date du début des effets de la tempête de pluie verglaçante¹⁴³, le taux de conversion des dollars américains en dollars canadiens à un moment donné¹⁴⁴ ou le fait que le lac des Esclaves est situé en Alberta¹⁴⁵. Dans ces cas,

¹⁴¹ Une connaissance généralisée de la façon dont le monde fonctionne habituellement (Supra, p. 2).

¹⁴² « Such facts may be lined up on at least six scales: (1) from narrow and specific to broad and general facts, (2) from central or critical facts to background or peripheral facts, (3) from readily accepted assumptions or facts to controversial assumptions or facts, (4) from factual propositions that are almost entirely factual to somewhat factual propositions that are mixed with judgment, policy, or political preference, (5) from provable facts to facts that can be neither proved nor disproved and therefore must be found through legislating the facts, presuming them, imposing the burden on one party, or making an informed or uninformed guess, and (6) from facts about immediate parties or facts that are known only or mainly by them to facts having no relation to immediate parties » (Kenneth Culp DAVIS, « Facts in lawmaking », (1980) 80 Colum. L. Rev. 931, 932).

¹⁴³ « Il est de connaissance judiciaire que les effets de cette tempête [de pluie verglaçant] ont commencé le 6 janvier et non le 5 janvier » (Duguet c. Tessier, J.E. 98-643 (C.Q.)).

¹⁴⁴ « This Court takes judicial notice (art. 2808 C.C.Q.) of the fact that in the recent month the Canadian dollar had a value of 0.71 American dollars to arrive at the preceding figures » (G. (L.) c. R. (D.), REJB 1997-03597 (C.S.)).

¹⁴⁵ « While I do not believe that the location of Slave Lake in the Province of Alberta is a notorious matter, I do believe that the fact that the Town of Slave Lake is in Alberta is capable of immediate accurate demonstration by resort to reading accessible sources of indisputable accuracy. I have examined several standard atlases and in each case there is only one "Slave

il s'agit de fait concret, sans aucune portée générale. D'autre part, nous pouvons mentionner les cas où le décideur connaissait d'office des faits généraux sans penser au fait concret. Il s'agissait par exemple du fait que l'absence, la perforation ou la modification du silencieux augmente le bruit du fonctionnement d'un moteur¹⁴⁶, que les personnes âgées ont plus de difficultés à se trouver du travail¹⁴⁷, que le fémur ne se fracture pas durant le sommeil ou sans un choc violent¹⁴⁸ ou que le coût d'entretien des enfants s'accroît à mesure que ceux-ci grandissent¹⁴⁹.

Le premier groupe de faits concrets qui, d'après la doctrine, peut être constaté également par « *readily accessible sources of indisputable accuracy* »¹⁵⁰, est hors de notre champ d'intérêt.

En ce qui concerne la deuxième catégorie, la doctrine la décrit par les expressions suivantes : « [...] *des faits généraux qui relèvent de l'expérience quotidienne de la personne ordinaire* »¹⁵¹, « *The court may and should notice without proof that which "everybody knows"* »¹⁵², « *les faits de connaissance courante, comme les lois de la nature, le cours ordinaire des choses, les*

Lake listed and it is, in each case, listed as a Town in the Province of Alberta » (R. v. Dubrule (1978), 14 A.R. 554 (Alta. Dist. Ct.), par. 4, 5).

¹⁴⁶ « Si le Tribunal ne peut connaître judiciairement le fonctionnement interne ou les composantes d'un silencieux ou les mesures d'essais homologuées de telle ou telle motocyclette, il est de connaissance judiciaire, par contre, qu'un silencieux est un dispositif utilisé pour réduire le bruit du fonctionnement d'un moteur. À contrario, il est également de connaissance judiciaire que l'absence de silencieux, la perforation ou la modification du silencieux augmentent, dès lors, le bruit du fonctionnement d'un moteur » (Gatineau (Ville) c. Thibeault, REJB 1998-09022 (C.M.)).

¹⁴⁷ « À moins qu'elles aient des compétences particulières, on reconnaît généralement que les personnes de plus de 45 ans ont plus de difficulté à se trouver du travail que les autres. Elles n'ont pas la souplesse des jeunes, un désavantage souvent aggravé par le fait que les jeunes disposent généralement d'une formation plus récente dans les techniques plus modernes » (McKinney c. Université de Guelph, [1990] 3 R.C.S. 229, 299).

¹⁴⁸ « Le Tribunal a connaissance d'office que le fémur est un os important qui normalement ne se fracture pas durant le sommeil ou sans un choc violent » (Roussy c. Agence de garde Sous le bon toit inc., [2001] R.R.A. 522 (C.Q.)).

¹⁴⁹ « À cette fin, le tribunal peut prendre connaissance d'office du fait que le coût de l'entretien des enfants s'accroît à mesure qu'ils grandissent. [...] Tenir compte de l'augmentation des coûts avec l'âge des enfants est une application légitime de la connaissance d'office et relève du sens commun. Ces facteurs peuvent et doivent être pris en considération dans l'appréciation de la situation des parties » (Willick c. Willick, [1994] 3 R.C.S. 670, par. 108 et 110).

¹⁵⁰ Cela veut dire « *texts, dictionaries, almanacs and other reference works, previous case records, certificates from various officials and statements from witnesses in the case* » (John SOPINKA, Sidney N. LEDERMAN et Alan W. BRYANT, « *The law of evidence in Canada* », Toronto, Butterworths, 1992, p. 976 et 979).

¹⁵¹ C. FABIEN, loc. cit., note 37, 453.

¹⁵² J. SOPINKA, S. N. LEDERMAN et A. W. BRYANT, op. cit., note 150, p. 976.

divisions naturelles ou artificielles du temps, le sens ordinaire des mots français et anglais »¹⁵³. Il est incontestable qu'il s'agit des expressions qui décrivent en même temps la notion de l'expérience définie dans la première partie du présent travail.

Or, la réponse à la question du premier volet est « oui ». Cela veut dire que l'apport de l'expérience est présent dans la connaissance d'office. Nous pouvons procéder au deuxième volet, où la réponse ne sera pas si facile.

B. Vérification de la fonction de l'expérience

La question posée est la suivante : est-ce que l'expérience, présente dans la connaissance d'office, peut combler les lacunes dans l'ensemble des éléments de preuve et compléter ainsi l'histoire reconstruite ? En étudiant la doctrine, qui, conformément à la jurisprudence¹⁵⁴, dit que « *les faits particuliers du litige ne font pas partie du domaine de la connaissance d'office* »¹⁵⁵, nous pourrions avoir tendance à répondre par la négative. Néanmoins, cette réponse ne correspond pas exactement à la question posée. Nous ne nous demandons pas si le décideur peut insérer d'office le fait concret que l'événement X s'est produit. Nous nous demandons s'il peut, n'ayant aucun élément de preuve portant sur la survenance de l'événement X, mais ayant l'expérience avec la survenance d'événements de type semblable, insérer cette expérience au procès en comblant la lacune dans les éléments de preuve et répondre par conséquent « oui, l'événement X s'est produit ».

Pour donner la vraie réponse à la question posée, nous allons diviser la question en deux parties, suivant la deuxième échelle de la classification des faits de K. C. Davis. Cette échelle a les pôles suivants: « *from central or critical facts to background or peripheral facts* »¹⁵⁶. Nous allons ainsi nous demander si l'expérience présente dans le cadre de la connaissance d'office

¹⁵³ A. NADEAU et L. DUCHARME, op. cit., note 23, n° 106, p. 70.

¹⁵⁴ Par exemple *Petro-Canada c. Mobaie Construction inc.*, J.E. 2003-437 (C.A.) ou *Longueuil (Ville de) c. Houle*, J.E. 2003-1209 (C.M.).

¹⁵⁵ C. FABIEN, loc. cit., note 37, 456, de même également par exemple L. DUCHARME, op. cit., note 20, n° 82, p. 36.

¹⁵⁶ K. C. DAVIS, op. cit., note 142.

peut combler les lacunes dans les éléments de preuve attachés soit aux faits critiques, soit aux faits périphériques.

(i) Utilisation de l'expérience par rapport aux faits « critiques »

Il n'est pas difficile de déduire de la classification susmentionnée que le fait critique est un fait d'après lequel le décideur fixe la norme juridique qu'il faut appliquer en l'espèce.

Dans ce type de situations, les tribunaux décident constamment que l'utilisation de la connaissance d'office est exclue¹⁵⁷. Cette position est bien exprimée dans *R. v. Zundel*¹⁵⁸. Dans cette affaire, le tribunal reconnaît qu'il est admissible de prendre connaissance d'office du fait qui sert comme l'indice pour la présomption de fait, dont le résultat est attaché à la norme juridique. Dans ce cas, il ne s'agit pas du fait critique de l'affaire parce que il n'y a pas de liaison directe entre la norme appliquée et le fait connu d'office. Toutefois, il a jugé inadmissible de prendre connaissance d'office du fait auquel la norme juridique est directement attachée parce que c'est en effet le fait critique de l'affaire¹⁵⁹. Le motif présenté par le tribunal dans cette affaire était la crainte que la partie au détriment de laquelle est constatée la connaissance d'office du fait critique soit privée d'une défense pleine et entière¹⁶⁰.

¹⁵⁷ Par exemple *R. v. Eagles* (1977), 31 CCC (2d) 417, 420 (ONHCJ) (« *Location is an essential ingredient of a charge brought under this section; [...] Judicial notice in my view ought not to be used to relieve the Crown of its failure to prove an essential averment of the charge* »).

¹⁵⁸ *R. v. Zundel* (1987), 31 CCC (2d) 97 (Ont. C.A.).

¹⁵⁹ « *In the present case, the prosecution was required to prove, inter alia, (a) that the pamphlet was false, and (b) that the appellant subjectively knew that it was false. [...] If the jury on the evidence concluded that the existence of the Holocaust was so notorious as to be indisputable by reasonable men and women, that would be a circumstance, but only a circumstance, from which the jury infer that the appellant knew that the pamphlet was false, but that the jury would not be required to draw the inference. However, if the trial judge had taken the judicial notice of the existence of the Holocaust, he would have been required to so declare to the jury and to direct them to find the Holocaust existed, which would have been gravely prejudicial to the defence in so far as it would influence the drawing of the inference concerning the appellant's knowledge of the falsity of the pamphlet* » (Id., 151-152).

¹⁶⁰ « *However tempted he might be to grant the Crown's application, it would have the effect, in the eyes of the public, as well as perhaps in the eyes of the jury and the accused, of not providing the accused with the opportunity to make full answer and defence. To grant the motion would have the effect of substantially eliminating a portion of the duty incumbent on the Crown in so far as the guilt of the accused is concerned* » (Id., 149).

Dès lors, l'utilisation de l'expérience comme mode de détermination de faits critiques est fort probablement impensable, parce que la connaissance d'office elle-même, à laquelle l'expérience est présente, est dans ce cas impensable.

(ii) Utilisation de l'expérience par rapport aux faits « périphériques »

Toutefois, la reconstruction de l'événement passé ne se limite pas seulement aux faits critiques. Souvent, il est nécessaire ou au moins utile d'essayer de reconstruire une image plus large. Cette approche aide à comprendre et à apprécier le comportement qui est l'objet du litige. Ces circonstances ne sont cependant pas primordiales pour l'application de la norme juridique.

Nous pourrions croire que l'utilisation de l'expérience comme mode de détermination de faits périphériques dans le contexte de la connaissance d'office est non seulement permise, mais également courante.

Par exemple, il peut s'avérer comme une perte de temps et d'énergie des participants de faire une enquête pour déterminer si la grande flaque d'eau sur un trottoir était vraiment gelée, ce qui a motivé le demandeur à marcher dans la rue où il a été ensuite gravement blessé par un camion, sachant que l'événement s'est produit le 3 février à Val-d'Or deux ans auparavant. Certainement, le décideur ne sait pas d'office si la flaque concrète était gelée, il ne se souvient même pas quel temps il faisait ce jour-là. Cependant, il sait d'office que, d'habitude à cette époque de l'année et dans cette ville, la température est sous 0 °C et que, par conséquent, les flaques sont normalement gelées. Même si nous pouvons imaginer théoriquement plusieurs raisons pour lesquelles la flaque concrète n'était pas gelée¹⁶¹, le décideur substituera couramment la preuve de ce fait par « la connaissance d'office », fondée sur le sens commun, voulant que la flaque concrète ait été gelée. Il ne vaudrait pas la peine de faire une enquête sur la motivation du demandeur de marcher dans la

¹⁶¹ Par exemple, il y a un tuyau de calorifère sous le trottoir, il y avait une grande concentration du sel dans la flaque ou il y avait un dégel exceptionnel etc.

rue parce que c'est un fait périphérique dans le contexte de l'histoire reconstruite.

Il peut ainsi s'avérer que l'expérience, « enfermée » dans les limites de la connaissance d'office, peut fonctionner comme mode de détermination des faits périphériques.

Toutefois, il est possible de soulever une objection sérieuse contre cette conclusion. L'expérience ainsi prétendument appliquée dans le contexte de la connaissance d'office n'est pas indépendante des éléments de preuve produits. Cette indépendance est cependant le trait essentiel de la connaissance d'office. La dépendance est par contre le trait essentiel de la présomption de fait. Bref, chaque fois que l'expérience comme mode de détermination de fait entre au procès, elle prend la forme de la présomption de fait et non de la connaissance d'office. Pour illustrer cet argument, prenons de nouveau l'exemple précédent de la flaque. Dans ce cas, il serait impensable d'appliquer l'expérience que les flaques en février à Val-d'Or sont gelées, s'il n'était pas prouvé que l'événement s'est produit en février à Val-d'Or. C'était en vertu de la preuve de cet indice que l'expérience a pu être utilisée.

D'un certain point de vue, cet argument est évident. Chaque application de l'image abstraite de la réalité (ce qui est également l'expérience en tant que le résultat d'une induction) à la situation concrète est conditionnée par la présence des faits qui classent la situation concrète dans une catégorie de l'image abstraite (l'indice¹⁶²). Les indices doivent être cependant « rigoureusement » prouvés par les éléments de preuve. L'expérience appliquée sera toujours d'une certaine manière dérivée des indices prouvés.

Dès lors, en ce qui concerne l'utilisation de l'expérience comme mode de détermination des faits périphérique, il s'avère qu'il y a seulement deux

¹⁶² La doctrine dans le champ de la présomption de fait parle dans ce contexte de « l'indice » (« *La preuve indirecte comporte ainsi deux éléments. D'une part, les faits que les plaideurs demandent au juge d'examiner : on les désigne généralement sous le nom d'indices* » (Roger DECOTTIGNIES, « *Les présomptions en droit privé* », Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1950, p. 261). Pour alléger le texte des phrases longues, nous allons utiliser ce raccourci.

possibilités¹⁶³ : (i) le décideur connaît personnellement le fait concret périphérique et utilise cette connaissance d'office, (ii) le décideur ne le connaît pas, mais il est capable de combler la lacune dans les éléments de preuve par l'image générale, issue de l'expérience, dont l'applicabilité a été déduite de l'indice prouvé par des autres éléments de preuve. La première possibilité n'est pas l'objet du présent travail parce que cette connaissance manque d'expérience, définie au début du présent travail. La deuxième possibilité ne remplit pas les traits de définition de la connaissance d'office, il s'agit en effet de la présomption de fait. Ce résultat devrait signifier que l'utilisation de l'expérience comme mode de détermination des faits périphériques dans le cadre de la connaissance d'office est également exclue.

Toutefois, même cette deuxième conclusion n'est peut-être pas absolue et mérite une brève réplique. L'histoire reconstruite dans un procès civil est en effet un extrait de la réalité passée qui n'a pas toujours de « marges » nettes. Il est possible d'imaginer les cas où les indices sont si abstraits, si généraux qu'il n'est plus possible de discerner s'ils se trouvent à « l'intérieur » de l'événement reconstruit (les faits critiques) ou à l'« extérieur » de celui-ci (les faits périphériques). Si l'indice est à l'intérieur de l'histoire reconstruite, il faut le prouver par l'élément de preuve, et donc l'expérience appliquée prend la forme de la présomption parce qu'elle est en effet dérivée de l'élément de preuve. Cependant, si l'indice se trouve à l'extérieur de l'événement reconstruit, il n'est pas censé être prouvé par élément de preuve, il peut être connu d'office. Par conséquent, l'expérience, choisie d'après cet indice et appliquée à la situation concrète, n'est pas liée à l'élément de preuve et ne peut pas ainsi être considérée comme une présomption de fait. C'est dans ces cas, probablement assez exceptionnels, que l'expérience comme mode de détermination des faits peut « fonctionner » comme connaissance d'office¹⁶⁴.

¹⁶³ Évidemment, la troisième situation, à savoir que le fait est prouvé « normalement » par les éléments de preuve, est mise de côté.

¹⁶⁴ D'un autre point de vue, nous pouvons également parler de l'enchaînement de la connaissance d'office et de la présomption de fait qui survient quand l'indice de la présomption est connu d'office.

En droit de la famille, l'affaire de *Willick c. Willick*¹⁶⁵ illustre cette situation. Dans ce cas, la norme juridique a lié la possibilité de modifier la décision judiciaire précédente au changement des besoins de l'enfant dans le cas particulier¹⁶⁶. Il s'ensuit que le décideur devrait vérifier, en vertu des éléments de preuve produits, si les besoins concrets de l'enfant concret avaient changé. La Cour d'appel a conclu que les éléments de preuve produits n'avaient pas établi le changement des besoins de l'enfant et, dès lors, les conditions requises pour modifier le jugement ne sont pas remplies¹⁶⁷. La Cour suprême a néanmoins décidé :

*« À cette fin, le tribunal peut prendre connaissance d'office du fait que le coût de l'entretien des enfants s'accroît à mesure qu'ils grandissent. Lorsque ce fait se combine à l'effet de l'inflation, cela peut constituer un changement suffisant ».*¹⁶⁸

Pour bien comprendre ce jugement, il faut le décomposer en plusieurs éléments. Le fait concret à prouver est le changement des besoins de l'enfant concret. L'expérience, qui a été utilisée comme mode de détermination des faits, est que les besoins d'un enfant s'accroissent (changent) à mesure qu'un enfant grandit. Finalement, l'indice qui détermine l'application de l'expérience n'est que le passage du temps. Est-ce que le passage du temps est à l'intérieur de l'histoire reconstruite ou à l'extérieur ? Difficile à répondre. S'il est à l'intérieur, le cas *Willick c. Willick*¹⁶⁹ est un exemple de l'application de la présomption de fait, s'il est à l'extérieur, c'est un exemple de l'application de la connaissance d'office. De toute façon, la Cour suprême elle-même ainsi que

¹⁶⁵ Précité, note 149.

¹⁶⁶ « Avant de rendre une ordonnance modificative de l'ordonnance alimentaire, le tribunal doit s'assurer qu'il est survenu un changement dans les ressources, les besoins ou, d'une façon générale, dans la situation de l'un ou l'autre des ex-époux ou de tout enfant à charge pour qui des aliments sont ou ont été demandés, depuis le prononcé de l'ordonnance alimentaire ou de la dernière ordonnance modificative de celle-ci et, le cas échéant, tient compte du changement en rendant l'ordonnance modificative » (Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2e suppl.), art. 17).

¹⁶⁷ « Faute de preuve d'un changement dans la situation et les besoins des enfants, et étant donné que le jugement de divorce incorporant la convention de séparation était censé répondre adéquatement à ces besoins, le juge Vance a conclu que l'exigence préliminaire d'un changement de situation n'avait pas été remplie en l'espèce » (l'extrait du résumé du jugement de la Cour d'appel, faite par la juge L'Heureux-Dubé dans *Willick c. Willick*, précité, note 149, par. 41).

¹⁶⁸ Précité, note 149.

¹⁶⁹ Précité, note 149.

la doctrine¹⁷⁰ considèrent cette affaire comme un exemple de la connaissance d'office, ce qui signale que l'expérience comme mode de détermination des faits sous le *label* de la connaissance d'office est pensable.

Or, il semble que l'expérience comme mode de détermination des faits ne peut fonctionner dans le cadre de la connaissance d'office que dans les cas de faits périphériques où l'indice qui détermine l'application de l'expérience est si général qu'il n'est plus possible de discerner s'il fait partie de l'extrait concret de la réalité du passé. Il est difficile de dire à quelle fréquence se produisent ces cas. Néanmoins, nous pouvons spéculer que, en pratique, ils ne sont pas si rares, comme le signale C. Fabien¹⁷¹.

Dans tous les autres cas d'utilisation de l'expérience dans le cadre de la connaissance d'office, l'expérience fonctionne comme mode d'appréciation des éléments de preuve. Ce sont notamment les cas où le décideur procède au raisonnement suivant : « si la personne A n'avait pas agi d'une manière B, mais d'une manière C, l'événement D ne se serait pas produit ». Le décideur construit ainsi une histoire imaginaire parallèle à l'histoire reconstruite pour mieux apprécier le rôle des faits dans cette dernière. Plus concrètement, le décideur remplace le fait de l'histoire reconstruite par le fait imaginaire pour apprécier comment l'histoire aurait changé si, au lieu du fait qui était effectivement présent, un autre fait imaginaire se serait produit. Le décideur n'a pas ainsi recours à l'expérience pour insérer directement un élément à l'histoire reconstruite. Cette technique est utilisée par exemple afin d'apprécier les éléments de preuve offerts pour établir le lien de causalité ou le degré de contribution de la victime au dommage survenu. Concrètement, nous pouvons référer par exemple au cas où le décideur a admis d'office que la victime d'une

¹⁷⁰ J.-C. ROYER, op. cit., note 17, n° 144, p. 83 ou Danielle PINARD, « Le domaine de la connaissance d'office des faits », *Actes de la XVI^e Conférence des juristes de l'État*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 351, à la page 358.

¹⁷¹ « On devine que dans la plupart des cas le juge prend connaissance d'office au cours du délibéré, de sa propre initiative, pour combler une lacune de la preuve et éviter ainsi la réouverture de l'enquête » (C. FABIEN, loc. cit., note 37, 468).

chute dans un escalier glacé l'hiver aurait été moins susceptible de tomber si elle avait porté des couvre-chaussures en caoutchouc¹⁷².

Cette section peut être résumée par deux conclusions. Premièrement, l'élément de l'expérience est présent dans la connaissance d'office d'une manière considérable. Deuxièmement, du grand volume d'expérience présente dans le cadre de la connaissance d'office, seulement une partie, probablement pas trop fréquente, sert comme mode de détermination des faits. Néanmoins, puisque toutes les deux conclusions sont en effet positives, il est pertinent de continuer dans l'analyse de cet instrument juridique plus en profondeur.

Section 2. Type d'expérience utilisée

Cette section sera consacrée à une brève analyse du type d'expérience qui est présente dans le cadre de la connaissance d'office.

Dans la partie précédente, nous avons discerné deux types d'expérience qui peuvent entrer dans le procès civil : l'expérience scientifique et l'expérience profane, à son tour divisée en bon sens et sens commun.

Après la consultation des définitions de la connaissance d'office¹⁷³ qui reposent sur la notion de notoriété¹⁷⁴, il s'avère que, en principe, la connaissance d'office n'est pas construite pour l'utilisation de l'expérience scientifique. Néanmoins, cette conclusion ne signifie pas une incompatibilité absolue avec l'insertion des connaissances généralisées qui ont initialement un fondement scientifique. Ces connaissances peuvent être insérées d'office au

¹⁷² « I am in any event of the opinion that the primary cause of the accident was the risk voluntarily assumed by plaintiff in going out in bad weather without taking precaution of putting on rubbers or overshoes. (She was wearing a type of shoe referred to as "wedgie"). There was no pressing reason why she had to go out at the time, and she admits that she knew that the weather was bad. Her counsel argues that there was no evidence before the trial judge from which he could find that she would have been less likely to fall if wearing rubber footwear, but in our country this is so generally accepted as a fact that the courts are, in my opinion, entitled to take judicial notice of it » (*Larkin c. Gauthier*, [1963] B.R. 544, 545-546, (C.A.)).

¹⁷³ Par exemple celle du Code civil du Québec : « Le tribunal doit prendre connaissance d'office de tout fait dont la notoriété rend l'existence raisonnablement incontestable » (art. 2808 C.c.Q.).

¹⁷⁴ *Infra*, p. 71.

procès, à condition qu'elles soient notoires¹⁷⁵. Autrement dit, la connaissance d'origine scientifique peut être admise d'office, si elle a quitté le domaine de la science et si elle est devenue une partie de l'expérience profane¹⁷⁶. Toutefois, la base de la connaissance d'office est l'expérience profane¹⁷⁷.

Nous pouvons nous demander davantage quelle composante de l'expérience profane s'applique en cas de la connaissance d'office. À propos de cette question, il semble pertinent de citer deux auteurs :

*« When we ask our judges to determine questions of relevance by using “common sense” the operative word is “common”. We don't want the judge to determine matters in accordance just with his sense but rather in accordance with the sense that is commonly held, i.e., the sense of the community ».*¹⁷⁸

*« La connaissance d'office ne correspond pas à un état de fait de la connaissance personnelle du juge. Il s'agit d'un concept normatif qui crée une obligation pour le juge d'acquiescer la connaissance de certains faits par ses propres moyens, sans égard au fait qu'il la possède déjà ou non ».*¹⁷⁹

Il s'ensuit que, si le sens commun et le bon sens sont en contradiction, ce qui n'est pas nécessairement fréquent, c'est le sens commun qui est un élément de la connaissance d'office, et non le bon sens du décideur. La connaissance d'office, remplie par le sens commun, représente un volume certain de connaissances indépendantes de la personnalité du décideur.

¹⁷⁵ Nous présumons que la connaissance scientifique est raisonnablement incontestable.

¹⁷⁶ C. Fabien, en tenant compte les critères de la notoriété et de l'incontestabilité raisonnable, a formulé les conditions du passage de la connaissance de l'expérience scientifique à l'expérience profane d'une manière un peu plus détaillée (« *Les faits scientifiques qui sont du domaine de la connaissance d'office sont ceux qui ont subi l'épreuve du temps, qui sont sortis du domaine de la controverse et qui sont suffisamment accessibles au lecteur instruit, mais dépourvu de formation scientifique spécifique, pour être publiés dans un ouvrage de type encyclopédique* » - C. FABIEN, loc. cit., note 37, 457).

¹⁷⁷ Quelqu'un pourrait objecter que le décideur peut consulter des encyclopédies, des atlas et des sources pareilles qui contiennent l'abondance des données scientifiques. La réponse à cette objection est que ces données ont plutôt le caractère des faits concrets (de type que le lac des Esclaves se trouve en Ontario) et non de l'expérience comme une certaine connaissance généralisée.

¹⁷⁸ Ronald Joseph DELISLE, « *Evidence : principles and problems* », 5^e éd., Scarborough, Carswell, 1999, p. 245.

¹⁷⁹ C. FABIEN, op. cit., note 37, 438.

L'exclusion du bon sens de la connaissance d'office et donc la coupure entre le sens commun et le bon sens peuvent avoir certaines conséquences. Si les connaissances du décideur dans le cas particulier sont moins étendues par rapport au sens commun de la région où il exerce sa fonction¹⁸⁰, le décideur est tenu de les parfaire par ses propres moyens, hors du régime de preuve appliqué dans le procès civil. Les parties ne sont pas obligées d'aider le décideur dans son « éducation ». Cela ne signifie pas cependant que cela leur est interdit. Elles peuvent lui « rafraîchir »¹⁸¹ la mémoire par la plaidoirie ou par la preuve, sans être limitées par la règle de l'exclusion de la preuve par oui-dire¹⁸². La jurisprudence même admet que le « rafraîchissement » de la mémoire puisse prendre la forme du témoignage d'expert¹⁸³. Il est clair que, si le procès arrive à telle phase, la prise de connaissance d'office commence à ressembler au procès civil « normal ».

Par contre, si les connaissances du décideur, sous la forme du bon sens, de l'expérience technique ou même de l'expérience scientifique, sont dans le cas particulier plus profondes que le sens commun, il doit en faire abstraction à moins que cette connaissance ne soit prouvée par des éléments de preuve « standard »¹⁸⁴.

Il peut évidemment arriver qu'il soit difficile à déterminer quelle connaissance appartient à la catégorie du sens commun et laquelle la dépasse.

¹⁸⁰ Ce qui peut être évident au Québec peut ne pas l'être par exemple en Colombie britannique. Le sens commun peut différer d'une place à l'autre. Le droit respecte cette limite régionale potentielle de la connaissance d'office (voir par exemple *R. v. Dubrule*, précité, note 145).

¹⁸¹ Voir par exemple D. PINARD, loc. cit., note 170, 358.

¹⁸² Voir par exemple Rupert CROSS et Colin TAPPER, « *Cross on evidence* », 6^e éd., London, Butterworths, 1985, p. 67-68.

¹⁸³ Voir par exemple *McQuaker v. Goddard*, [1940] 1 K.B. 687. Il s'agit du cas de la responsabilité du dommage causé au demandeur par la morsure d'un chameau du défendeur. Pour appliquer le régime de la responsabilité approprié, le décideur a dû résoudre la question préliminaire si le chameau comme une espèce animale (non comme le chameau concret) est un animal sauvage ou domestique. Après le témoignage d'expert qui a affirmé que les chameaux ne sont sauvages nulle part dans le monde, le décideur a admis ce fait d'office et a appliqué le régime de la responsabilité pour les dommages causés par les animaux domestiques.

¹⁸⁴ Voir par exemple *R. v. Dickson*, [1973] 5 N.S.R. (2d) 240 (C.A.).

Section 3. Critères de l'utilisation de l'expérience

Quelles sont les critères de l'utilisation de l'expérience dans le cadre de la connaissance d'office ? Deux écoles doctrinales se sont prononcées sur cette question. La première plaide pour des critères stricts, afin d'éviter l'entrée de l'expérience détachée de la réalité. L'autre opine pour des critères souples, en ajoutant que le risque d'introduction de l'expérience insuffisamment fiable peut être éliminé par le cadre procédural approprié.

A. École des critères stricts

La majorité de la doctrine et de la jurisprudence décrit les critères à l'aide des expressions « notoire » et « raisonnablement incontestable ». Le fait connu d'office devrait correspondre à ces qualités.

D'après *le Petit Robert*, le mot « notoire » signifie « *qui est connu d'une manière sûre, certaine et par un grand nombre de personnes* »¹⁸⁵. Il y a ainsi deux éléments du sens : la certitude et la prolifération d'une connaissance à travers de la population. Puisque la certitude représente plus ou moins la même chose que l'incontestabilité et que nous pouvons présumer que l'intention n'était pas de décrire la même qualité à l'aide de deux mots différents¹⁸⁶, l'adjectif « notoire » signifie, dans le contexte des critères de la connaissance d'office seulement, « *connu par un grand nombre de personnes* ». Ce n'est pas par hasard que ce sens s'accorde avec la notion du sens commun, traitée ci-dessus. Ainsi, le critère de la notoriété signifie que seule la connaissance qui relève du sens commun peut être connue d'office.

Cependant, nous avons déjà vu que le sens commun n'est pas nécessairement fondé sur l'expérience, qu'il peut s'agir de pures chimères¹⁸⁷. C'est la raison pour laquelle le droit a ajouté le deuxième critère sous la forme

¹⁸⁵ P. ROBERT, J. REY-DEBOVE et A. REY, op. cit., note 2, p. 1745.

¹⁸⁶ Voir par exemple l'énoncé de L. Ducharme : « *La notoriété ne suffit pas à faire entrer dans le domaine de la connaissance judiciaire, il faut de plus que le fait apparaisse comme raisonnablement incontestable* » (L. DUCHARME, op. cit., note 20, n° 83, p. 36).

¹⁸⁷ *Supra*, p. 26.

de l'expression « raisonnablement incontestable »¹⁸⁸. Son sens consiste à assurer que le sens commun comporte un lien fort avec la réalité.

L'expression utilisée ne donne cependant pas la réponse sur la manière dont le décideur détermine que la connaissance en l'espèce est raisonnablement incontestable. En général, il n'a pas d'autre choix que de s'adresser à des expériences qui sont plus directement ancrées dans la réalité que le sens commun, soit au bon sens, à l'expérience technique ou à l'expérience scientifique. Le bon sens, en tant que résultat de l'expérience personnelle de la vie quotidienne, est tout à fait pertinent pour tester le fondement réel du sens commun.

En ce qui concerne les autres deux types d'expériences, il est évident qu'il n'est pas possible de forcer le décideur à se plonger dans de profondes études de la science ou de la technique. Dans ce cas, on applique le même principe que par rapport aux faits concrets, cela signifie que le décideur ne sera pas encouragé à aller plus loin que feuilleter des ouvrages encyclopédiques¹⁸⁹.

Si le sens commun ne passe pas ce test, cela veut dire qu'aucun des autres types d'expérience ne confirme sa véracité dans le cas particulier : il ne peut alors pas être admis au procès comme connaissance d'office.

Ainsi, cette école plaide pour que le droit, en tant que système indépendant, n'accepte que la connaissance confirmée par au moins deux types d'expériences dont une doit être le sens commun.

¹⁸⁸ Il existe cependant des formulations d'où nous pouvons déduire que l'incontestabilité raisonnable n'est qu'une fonction de la notoriété (voir par exemple : « [...] *what is so notoriously true as not to be the subject of reasonable dispute* » (Edmund Morris MORGAN, « Judicial notice », (1944) 57 *Harv. L. Rev.* 269, 273) ou « *Le tribunal doit prendre connaissance d'office de tout fait dont la notoriété rend l'existence raisonnablement incontestable* » (art. 2808 C.c.Q). L'opinion de C. Fabien va en sens contraire : « *L'histoire nous montre qu'en certaines occasions la croyance commune était fondée sur l'erreur commune. Il était notoire, à certaines époques, que la terre était plate, que le soleil tournait autour de la terre ou que la masturbation nuisait à la santé* » (C. FABIEN, loc. cit., note 17, 457).

¹⁸⁹ *Supra*, note 176.

B. École des critères souples

En même temps, il faut remarquer la tendance à abolir le critère de l'incontestabilité raisonnable et à utiliser seulement celui du sens commun¹⁹⁰. Dans cette conception, les risques d'insertion d'une image considérablement différente de la réalité devraient être réglés par l'intermédiaire du principe contradictoire appliqué lors du processus où l'on prend connaissance d'office. Cela veut dire que les parties au litige devraient obtenir l'occasion de contester et de contredire les faits dont le décideur veut prendre connaissance d'office¹⁹¹.

Le motif de ce raisonnement est compréhensible. Si les portes du système juridique donnant ouverture à la réception de la réalité étaient trop étroites, le système accepterait seulement les « banalités »¹⁹², ce qui signifie que le potentiel de la connaissance d'office ne serait que partiellement exploité. Par contre, si les entrées étaient plus larges, le potentiel de cet instrument pourrait être exploité pleinement, et les éventuels excès pourraient être éliminés par la contribution des parties¹⁹³.

¹⁹⁰ « *Taking judicial notice does not import that the matter is indisputable. It is not necessarily anything more than a prima facie recognition, leaving still open to controversy [...]* » (James Bradley THAYER, « *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law* », Boston, Little, Brown and Company, 1898, p. 308, cité dans R. J. DELISLE, op. cit., note 178, p. 219) ou « *The basic principle is not what the proposed Federal Rules of Evidence say it is - that judicial notice of adjudicative facts must be limited to facts "not subject to reasonable dispute."* *The basic principle is not what the American Law Institute has said it is - that judicial notice must be limited to the indisputable and that noticed facts are not rebuttable* » (Kenneth Culp DAVIS, « *Administrative law text* », 3^e éd., St-Paul., West Pub. Co., 1972, p. 313).

¹⁹¹ « *The basic principle is that extra-record facts should be assumed whenever it is convenient to assume them, except that convenience should always yield to the requirement of procedural fairness that parties should have the opportunity to meet in the appropriate fashion all facts that influence the disposition of the acts* » (Id., p. 314).

¹⁹² D. PINARD, loc. cit., note 181, 365.

¹⁹³ « *The two major considerations in developing a system of judicial notice are fairness and convenience, and the essential problem is to accommodate the one to the other in such a way that neither will be unduly sacrificed. The accommodation of fairness to convenience cannot be made by limiting judicial notice of adjudicative facts to those "not subject to reasonable dispute" because such a limitation sacrifices convenience much more than is necessary for protecting procedural fairness. The convenient system is to assume all facts that are unlikely to be challenged, taking care to state those that might possibly be erroneously assumed, while keeping the door open to challenge* » (K. C. DAVIS, op. cit., note 190, p. 314).

En droit québécois, même si la formulation du Code civil n'est pas si claire¹⁹⁴, c'est l'école des critères stricts qui l'a emporté.

Dans la *common law*, la problématique des critères de l'utilisation de la connaissance d'office est plus complexe. D'après la doctrine de la *common law*, la connaissance d'office est, tout comme le droit, assujettie à la règle du précédent¹⁹⁵. Cela signifie donc que, si l'expérience passe une fois par les filtres prescrits pour entrer dans le droit, elle devient une partie intégrante du droit et elle n'est plus obligée de subir cet examen la fois suivante¹⁹⁶. Il semble que cette conception puisse causer certains problèmes. Comme le sens commun peut varier dans le temps, l'expérience « juridicisée » peut devenir progressivement détachée de la réalité. Cette rupture peut évidemment avoir un effet néfaste sur la décision finale, parce que celle-ci serait fondée sur des faits erronés. Le droit civil, en tant que système qui n'applique pas, officiellement au moins, la règle du précédent, est moins marqué par cet effet.

Section 4. Processus de l'utilisation de l'expérience et son contrôle

Nous venons de vérifier que l'expérience peut fonctionner, dans des conditions relativement exceptionnelles, dans le cadre de la connaissance d'office comme mode de détermination des faits. Nous avons également analysé les critères fixés par le système juridique quant à l'utilisation de l'expérience dans le cadre de la connaissance d'office. Il est ainsi temps de se pencher sur le processus de l'utilisation de l'expérience en ce qui a trait à la connaissance d'office.

Comme l'expérience prend la forme de la connaissance d'office, nous devons analyser le processus de l'utilisation de la connaissance d'office comme

¹⁹⁴ Art. 2808 C.c.Q. n'est pas en ce sens trop heureux (« *Le tribunal doit prendre connaissance d'office de tout fait dont la notoriété rend l'existence raisonnablement incontestable* »). Sa formulation laisse entendre que le critère de l'incontestabilité est une fonction de la notoriété, ce qui n'était pas probablement l'intention du législateur.

¹⁹⁵ « *The fact that a certain fact or matter has been judicially noticed by a judge of the same court in a previous matter has precedential value and it is, therefore, useful for counsel and the court to examine the case law when attempting to determine whether any particular fact can be noted* » (J. SOPINKA, S. N. LEDERMAN et A. W. BRYANT, op. cit., note 150, p. 977).

¹⁹⁶ Il est possible de parler de la « pétrification de l'expérience ». Ce thème sera traité d'une manière plus détaillée dans le contexte des présomptions de fait, où le taux de la pétrification est beaucoup plus marquant (Infra, p. 94 et suiv.).

telle. Le processus n'est pas fixé par le droit positif québécois. La *common law* ne donne non plus de réponse claire. La jurisprudence ainsi que la doctrine sont souvent contradictoires. En conséquence, nos commentaires auront plus souvent la forme d'une réflexion qu'une description de l'état actuel du droit.

En principe, cette matière peut être abordée du point de vue chronologique. Le texte sera ainsi divisé en deux parties : premièrement, le processus de l'utilisation de la connaissance d'office et, deuxièmement, la possibilité de réfutation de la connaissance d'office, une fois introduite dans le procès.

A. Processus de l'utilisation

En tenant compte du thème du présent travail, l'attention sera très brièvement portée sur deux points seulement. Premièrement, nous nous demanderons qui peut prendre l'initiative d'introduire l'expérience par le canal de la connaissance d'office au procès. Deuxièmement, nous nous pencherons sur la question de déterminer comment le décideur peut prendre la décision d'y avoir recours.

(i) Personne autorisée à prendre l'initiative d'introduire l'expérience

Il est clair que l'insertion comme telle de la connaissance d'office est faite par le décideur¹⁹⁷. Ce fait ne dit cependant pas s'il est nécessaire qu'une partie ait allégué un fait, dans les actes de procédure, pour que le décideur puisse en prendre connaissance d'office. Cette question s'avère importante parce que, si le décideur peut prendre connaissance d'office d'un fait non allégué par les parties, il y aura un risque que les parties ne puissent décider si des faits seront présentés au procès ou non. En d'autres mots, les parties cesseraient d'être les maîtres du procès. L'afflux de sens commun serait indépendant de la volonté des parties.

¹⁹⁷ D'ailleurs, l'appellation de cet instrument en anglais est univoque - « *judicial notice* ».

Nous pouvons déduire de la définition précitée de C. Fabien¹⁹⁸ que la connaissance d'office est un instrument qui retire aux parties uniquement le fardeau de la preuve et non le fardeau d'allégation¹⁹⁹. Si cette conclusion est vraie, cela signifierait que le décideur peut prendre connaissance d'office seulement des faits allégués par les parties. S'il prenait connaissance d'office d'un fait non allégué, il soulagerait le fardeau d'allégation d'une partie au détriment de l'autre partie.

Néanmoins, il est possible de trouver les définitions de la connaissance d'office qui disent que le juge peut prendre connaissance d'office d'un fait bien que celui-ci n'ait pas été allégué :

*« "connaissance d'office" : moyen par lequel le juge, dans un procès, prend connaissance de textes législatifs ou réglementaires ou de certains faits notoires dont il peut tenir compte dans sa décision même s'ils n'ont pas été allégués ni prouvés devant lui ».*²⁰⁰

La doctrine ne semble pas être unanime. La jurisprudence ne donne pas la réponse non plus parce que les jugements ne comportent normalement pas une liste exhaustive des allégations des parties. Il ne reste que la voie de la réflexion.

Le point de départ de cette réflexion peut consister dans la constatation que la connaissance d'office appartient au groupe des instruments juridiques qui utilisent l'expérience à cause de l'opportunité de son utilisation²⁰¹. Il n'est probablement pas nécessaire de connaître un fait d'office, mais c'est opportun, parce que cette opération économise du temps et de l'énergie aux participants au procès. Si l'approche stricte, selon laquelle le fait peut être admis d'office uniquement lorsqu'il a été allégué, était appliquée, les parties, de peur d'oublier

¹⁹⁸ « La connaissance d'office est une règle de preuve qui dispense une partie de prouver [...] » (Supra, note 139).

¹⁹⁹ Cette conclusion découle d'ailleurs également de la définition de J. Sopinka, représentant la doctrine de la *common law* (« *Judicial notice is the acceptance by a court or judicial tribunal, in a civil or criminal proceedings, without the requirement of proof, of the truth of a particular fact or state of affairs* » - J. SOPINKA, S. N. LEDERMAN et A. W. BRYANT, op. cit., note 150, p. 976).

²⁰⁰ Hubert REID, « *Dictionnaire de droit québécois et canadien : avec table des abréviations et lexicque anglais-français* », 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. 116).

²⁰¹ Supra, p. 54.

quelque fait notoire, auraient tendance à fournir au décideur des allégations trop détaillées. Cette tendance prolongerait le déroulement du procès. Bref, cette approche aurait comme effet pervers de miner le potentiel de la connaissance d'office.

En outre, comme la connaissance d'office ne peut servir comme mode de détermination des faits critiques, il s'avère que l'approche « souple » n'aurait pas d'effet négatif sur l'égalité des parties. Le décideur ne pourrait corriger la maladresse d'une partie qui a oublié d'alléguer le fait clé de sa prétention. Il serait possible d'autre part de spéculer que la quasi-totalité des cas où le décideur prend connaissance d'office du fait non allégué est constituée par des situations où une partie n'a pas oublié d'alléguer quelque chose, mais elle n'a pas considéré comme nécessaire de l'alléguer (le fait était si évident que...).

Cette réflexion peut être également appuyée sur l'argument « *a contrario* »²⁰² par rapport à l'article 77 C.p.c.²⁰³. Cet article limite le fardeau de d'allégation seulement aux faits qui, n'étant pas allégués expressément, pourraient susciter la surprise de l'autre partie. Le sens commun, par sa nature, ne devrait pas être surprenant, et alors il ne devrait pas être nécessaire de l'alléguer.

Dès lors, il semble préférable que le décideur puisse également prendre connaissance d'office des faits qui n'avaient pas été précédemment allégués, au lieu de limiter la connaissance d'office aux faits expressément allégués par les parties. Il est vrai que cette approche signifie que les parties n'auraient pas nécessairement la maîtrise absolue du contenu de l'expérience insérée au procès, mais ce manque de maîtrise absolue paraît acceptable.

²⁰² « *Par contraire* » (A. MAYRAND et M. MAC AODHA, op. cit., note 27, p. 9).

²⁰³ « *Doit être expressément énoncé tout fait dont la preuve, autrement, serait de nature à prendre par surprise la partie adverse, ou qui pourrait soulever un débat que n'autoriserait pas les actes de procédure déjà au dossier* ».

(ii) Formes du processus de l'utilisation

En ce qui concerne le problème de la façon dont le décideur peut acquérir la connaissance d'office, il est possible de distinguer la manière explicite ou la manière implicite. La connaissance d'office implicite désigne le comportement du décideur qui fait entrer dans son raisonnement le fait qui n'a pas été prouvé, sans avoir à communiquer cette démarche mentale aux parties et donc sans leur donner l'occasion de s'exprimer sur l'adéquation de la connaissance d'office dans le cas particulier²⁰⁴. Par contre, la connaissance d'office explicite désigne le comportement du décideur qui, avant faire de entrer dans son raisonnement le fait qui n'a pas été prouvé, communique cette intention aux parties et leur donne l'occasion de s'exprimer sur l'adéquation de cette démarche.

En pratique, la connaissance implicite est assez souvent utilisée²⁰⁵. La doctrine québécoise est d'avis que cette utilisation est souhaitable. D'après elle, il serait inopportun d'imposer au décideur l'obligation d'insérer la connaissance d'office d'une manière explicite²⁰⁶. L'absence de l'obligation de prendre connaissance d'office explicitement ne devrait cependant pas être interprétée en ce sens qu'il est interdit de le faire. La doctrine précitée propose plutôt que la manière de prendre connaissance d'office devrait rester à la discrétion du décideur. Il choisira la manière explicite seulement lorsqu'il entretient des doutes quant au contenu de cette connaissance dans un cas particulier ou lorsqu'il n'est sur si la connaissance est notoire ou raisonnablement incontestable.

²⁰⁴ Voir par exemple Jacques FORTIN, « Preuve pénale », Montréal, Éditions Thémis, 1984, n° 476, p. 377.

²⁰⁵ « Furthermore, the tacit judicial notice that surely occurs in every hearing is indispensable to the normal reasoning process » (J. SOPINKA, S. N. LEDERMAN et A. W. BRYANT, op. cit., note 150, p. 976). D'une manière pareille également J. B. Thayer (« In conduction a process of judicial reasoning, as of other reasoning, not a step can be taken without assuming something which has not been proved, [...] » J. B. THAYER, op. cit., note 190, p. 279).

²⁰⁶ « Il paraît tout à fait inopportun d'asservir la connaissance d'office à une procédure obligatoire dans tous les cas. La connaissance d'office devrait demeurer en principe informelle comme elle l'est présentement » (C. FABIEN, loc. cit., note 37, 470), « [...] il nous paraît impensable qu'un juge puisse être tenu d'informer les parties avant de prendre connaissance d'un fait » (L. DUCHARME, op. cit., note 20, n° 91, p. 39).

Si le décideur prend connaissance d'office implicitement et sans qu'une partie l'ait demandé, il peut arriver que les parties, jusqu'à la remise du jugement, n'aient aucun soupçon que la connaissance d'office d'un fait a été prise. Tout est laissé à la discrétion du décideur, qui est néanmoins limité par la nature de la connaissance d'office comme devoir. Si le décideur arrive à la conclusion que les conditions nécessaires à la prise de la connaissance d'office sont remplies, il n'a pas le choix, il doit y avoir recours²⁰⁷.

L'analyse du processus de la prise de connaissance d'office révèle ainsi le dilemme entre l'efficacité de l'utilisation de cet instrument juridique, d'une part, et le risque du manque de contrôle par les parties, d'autre part. Comme l'objet de la connaissance d'office est de rendre le procès civil plus efficace, il semble que l'on doive accepter que les parties n'exercent pas une mainmise totale sur la détermination des faits.

B. Réfutation de la connaissance d'office

La question de la réfutation de la connaissance d'office un fois introduite dans le procès peut également être divisée en deux volets. Le premier porte sur la possibilité de réfutation avant que la décision au fond ne soit rendue et le second, sur la possibilité de réfutation en appel. Le premier volet n'existe évidemment que dans le cas où les parties savent que le décideur a pris connaissance d'office d'un fait.

(i) Possibilité de réfutation avant la décision

Le premier volet est marqué par une controverse doctrinale ancienne autant en droit civil²⁰⁸ qu'en *common law*²⁰⁹. Notre but n'est évidemment pas de résoudre cette controverse, mais plutôt d'apporter un point de vue différent.

²⁰⁷ Voir par exemple C. FABIEN, loc. cit., note 37, p. 461.

²⁰⁸ Voir par exemple J.-C. ROYER, op. cit., note 17, n° 147, p. 87; L. DUCHARME, op. cit., note 20, n° 89, p. 38; C. FABIEN, loc. cit., note 37, 462-466.

²⁰⁹ Voir par exemple R. CROSS et C. TAPPER, op. cit., note 182, p. 68; J. FORTIN, op. cit., note 204, p. 354; E. M. MORGAN, loc. cit., note 188, 462; J. H. WIGMORE, op. cit., note 56, t. 9, p. 535; John T. MCNAUGHTON, « Judicial Notice - Excerpts Relating to the Morgan-Wigmore controversy », (1961) 14 *V.L.R.* 779.

En effet, il est possible de concevoir ce problème en se demandant si le sens commun, qui est le fondement d'une partie importante de la connaissance d'office, devrait être contredit par une preuve contraire.

La réponse dépend du nombre de « filtres » fixés pour l'entrée du sens commun au procès. Nous avons dit qu'une école plaiderait pour le filtre unique (celui de la notoriété) et l'autre école, en faveur d'un double filtre (celui de la notoriété et celui de l'incontestabilité raisonnable).

S'il y a un filtre unique, la distance entre le sens commun et la vérité pourra être trop grande. Dans cette situation, la possibilité de réfutation du sens commun par le biais du débat contradictoire s'avère très salutaire.

La réponse est moins claire si la conception de la connaissance d'office contient déjà le double filtre qui sépare le sens commun fondé sur la vraie expérience du sens commun « chimérique ». En partant de la présence de ce filtre, les partisans de la non-réfutabilité de la connaissance d'office allèguent que ce contrôle est suffisant. Ils font valoir qu'un autre filtre procédural présenterait une perte de temps pendant le procès et que, si le décideur est persuadé que le sens commun en l'espèce est pratiquement incontestable, il sera illogique d'admettre la preuve contraire²¹⁰.

Le double filtre a cependant l'inconvénient d'être interne. Il fonctionne dans la tête de la personne qui insère le sens commun dans le procès. Il peut arriver que l'image que conçoit le décideur du contenu du sens commun, de son incontestabilité ou de sa notoriété puisse différer de l'image que possède une grande partie de la population²¹¹. Ce risque est d'autant plus grand si la population est multiculturelle. Néanmoins, il est vrai que l'apposition d'un filtre procédural extérieur est susceptible de diminuer le potentiel de la connaissance d'office, en d'économie de temps et d'énergie des parties au litige. La procédure de la prise de connaissance d'office pourrait ressembler à la procédure normale quant à l'administration des éléments de preuve.

²¹⁰ L. DUCHARME, *op. cit.*, note 20, n° 89, p. 38; E. M. MORGAN, *loc. cit.*, note 188, 462.

²¹¹ L'image de l'incontestabilité raisonnable dans un cas particulier peut être également appuyée seulement sur le bon sens du décideur.

La solution du dilemme peut se trouver dans une plus grande diversification de l'expérience censée être insérée dans le procès. Cette diversification pourrait être faite selon l'importance de la place occupée par l'expérience dans le contexte de l'histoire reconstruite ainsi que selon le niveau de son incontestabilité. La polémique doctrinale peut être causée uniquement par le fait que chaque partie a devant les yeux des cas très différents. Il est possible d'imaginer des cas où la possibilité de réfutation s'avère presque nécessaire, et d'autres, où elle est tout à fait inutile. Cependant, tous les cas sont actuellement traités selon une méthode uniforme de connaissance d'office.

On peut ainsi penser à une approche qui distinguerait divers types d'expérience introduits dans le procès par le canal de la connaissance d'office et qui modulerait la procédure en fonction des niveaux respectifs d'importance ou d'irréfutabilité de l'expérience²¹². Une telle approche dépasse cependant les limites du présent travail.

Aux fins de notre étude, il suffit de constater que la question de la réfutabilité de la connaissance d'office avant la décision finale se trouve dans un champ où des tendances contradictoires se rencontrent. D'un part, il y a une tendance à rendre le procès plus efficace et donc à ouvrir le droit à l'expérience d'une manière large et, d'autre part, il y a une seconde tendance qui maintient les garanties procédurales des parties et qui élimine l'afflux de l'expérience comme un élément dangereux. Il n'est guère surprenant que ces tendances soient déjà longtemps en « état de guerre » et le résultat est toujours « *non-liquet* »²¹³.

(ii) Possibilité de réfutation en appel

En ce qui concerne la possibilité de réfutation de la connaissance d'office en appel, la question est moins controversée. En général, le décideur de la deuxième instance a toute latitude pour changer le contenu de la connaissance d'office. Il peut également prendre connaissance d'office pour la

²¹² Ce travail a été fait par exemple K. C. Davis dans le contexte du droit administratif américain (K. C. DAVIS, op. cit., note 190, p. 315).

²¹³ « *il n'est pas clair* » (A. MAYRAND et M. MAC AODHA, op. cit., note 27, p. 400)

première fois du fait qui n'était pas connu d'office par le décideur en première instance²¹⁴.

Néanmoins, le champ du contrôle n'est pas complet. Il a été mentionné plus haut que le contenu de la connaissance d'office peut avoir des limites régionales²¹⁵. Si c'est le cas, le décideur en deuxième instance pourrait hésiter à intervenir de crainte que sa propre perception du sens commun ne puisse se substituer à celle du décideur de première instance. Cette position a été bien exprimée dans l'affaire *R. v. Potts* :

*« As for an appellate court, the case also makes it clear that it is not its function to adjudicate upon the correctness of a trial court's decision to take judicial notice of some fact or matter known locally, relying solely upon the appellate court's knowledge of (or, for that matter, its lack of knowledge of) that which was noticed in the court below, unless of course that some knowledge is in the larger public domain. While no member of an appellate court is obliged to "check at the doorway to the court-house" his own personal knowledge and experience of the world around him, in the very nature of an appellate court, particularly in a jurisdiction as geographically vast as Ontario, it is highly improbable that each of its members will share personally in the knowledge that is "common knowledge" in the diverse communities from which it draws its cases ».*²¹⁶

Conclusion du premier chapitre

L'hypothèse sur la présence de l'expérience à « l'intérieur » de la connaissance d'office s'est confirmée. Toutefois, la deuxième hypothèse, celle de l'utilisation de l'expérience comme mode de détermination des faits n'était que partiellement confirmée. Il est probable que la proportion dans laquelle l'expérience comme mode de détermination des faits soit minime et que l'expérience soit plutôt utilisée afin d'apprécier les faits. Dans les cas où l'expérience est effectivement utilisée par le canal de la connaissance d'office, le type de l'expérience dont il s'agit provient du sens commun.

²¹⁴ Voir par exemple C. FABIEN, loc. cit., note 37, 461 ou *Forrest v. Davidson* (1951), 4 W.W.R. 273 (Sask. C.A.).

²¹⁵ *Supra*, p. 69.

²¹⁶ *R. v. Potts*, précité, note 132, 204.

Si l'expérience est utilisée dans le cadre de la connaissance d'office, les critères et les méthodes de son utilisation ne sont pas trop clairs. L'explication se trouve peut-être dans sa finalité pratique, qui est de contribuer à l'efficacité du procès. Si les critères étaient précis et immuables, cela pourrait diminuer considérablement son utilité. Dès lors, le droit réagit de façon à ce que le contrôle et les méthodes soient en principe laissés aux mains du décideur. Le risque de cette solution réside évidemment dans le fait que c'est ce dernier qui décide en dernier ressort de l'insertion de l'expérience au procès. La fusion de la personne qui insère l'expérience et de la personne qui contrôle cette insertion peut mener théoriquement à des situations d'insertion de l'expérience tout à fait « folles », sans que les parties ne puissent se défendre effectivement. Néanmoins, ces situations sont si hypothétiques que le risque s'avère acceptable.

Chapitre 2. La présomption de fait

La présomption de fait est un instrument qui sert comme moyen de preuve dans le cadre du procès judiciaire.

La raison d'être de la présomption de fait dans le contexte du procès civil peut être exprimée à l'aide d'un seul mot, soit la « nécessité ». La présomption de fait occupe une place importante à l'intérieur du procès judiciaire dans les situations où les éléments de preuve ne sont pas suffisants pour déterminer les faits nécessaires à l'application de la norme juridique convenable²¹⁷.

L'insuffisance des éléments de preuve et, par conséquent, l'application de la présomption de fait surviennent dans deux types des cas. Premièrement,

²¹⁷ Voir par exemple Georges RIPERT et Jean BOULANGER, « *Traité de droit civil, d'après le traité de Planiol* », Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1956, n° 336, p. 151 (« *La présomption consiste à se régler sur les données de l'expérience pour considérer comme acquis, ou tout au moins, comme vraisemblable, un fait dont la preuve directe est impossible ou fort difficile* ») ou H. STEWART, op. cit., note 138, p. 979 (« *A presumption is essentially a legal device enabling the trier of fact to reach conclusion about a factual issue in the absence of direct evidence of that fact* »).

ce sont les cas où cette insuffisance survient par une coïncidence des circonstances d'une affaire concrète (*ad hoc*²¹⁸). Par exemple, personne n'était malheureusement présent lors de l'événement reconstruit ou l'écrit contenant une obligation a été perdu. Deuxièmement, il s'agit des cas où l'insuffisance des éléments de preuve est inévitable. Nous pouvons mentionner à titre d'exemple les dossiers où le fait à prouver est d'ordre psychologique, comme une intention d'un individu à un moment donné. Personne n'a accès à la tête de l'autre, et la reconstruction de ce fait ne peut être fondée que sur des présomptions de fait²¹⁹.

Dès lors, il ne s'agit pas d'un moyen de preuve exceptionnel et il est pertinent de l'analyser dans le cadre du présent travail.

Comme la conception de présomption de fait utilisée dans le droit québécois a probablement des racines dans le droit civil continental, nous n'hésiterons pas à consulter la doctrine française.

La structure de ce chapitre sera semblable à celle consacrée à la connaissance d'office : tout d'abord, nous allons vérifier la présence de l'expérience comme mode de détermination des faits dans cet instrument et, ensuite, nous allons analyser les limites et les méthodes de son utilisation.

Section 1. Présence de l'expérience dans la présomption de fait

La vérification de la présence de l'expérience comme mode de détermination des faits dans la présomption de fait n'est possible que si nous analysons le schéma sur lequel se fonde la présomption.

Même si la définition codifiée de présomption en général est parfois la cible de la critique doctrinale²²⁰, il est possible de l'utiliser comme une base de

²¹⁸ « Pour cela (approprié à une situation particulière) » (A. MAYRAND et M. MAC AODHA, op. cit., note 27, p. 20).

²¹⁹ F. LLORENS-FRAYSSSE, op. cit., note 67, n° 124, p. 65.

²²⁰ Le principal reproche consiste à l'allégation que la définition ne contient aucun élément unique à la présomption (voir par exemple Jean SICARD, « *La preuve en justice d'après la réforme judiciaire* », Paris, Librairie du Journal des notaires et des avocats, 1960, n° 557, p. 361 ou F. LLORENS-FRAYSSSE, op. cit., note 67, n° 53, p. 25).

notre analyse: « *La présomption est une conséquence que la loi ou le tribunal tire d'un fait connu à un fait inconnu* »²²¹.

Il s'ensuit que « *la présomption part d'un fait particulier pour aboutir à un autre fait particulier* »²²². Cet énoncé suscite un questionnement sur la liaison entre le point de départ et le point d'arrivée. La réponse immédiate, mais insuffisante, est que le lien se fait par le raisonnement. Dans le cas de la présomption légale, qui n'est pas le thème du présent travail, c'est un raisonnement du législateur, tandis que dans celui de la présomption de fait, c'est un raisonnement du décideur²²³. Il ne reste qu'à se demander comment se construit ce raisonnement.

Cette question est moins simple qu'elle pourrait sembler l'être; même l'opinion d'un auteur comme L. Ducharme semble avoir varié dans le temps²²⁴. Une partie de la doctrine est d'avis qu'il s'agit d'un raisonnement inductif²²⁵, l'autre partie affirme qu'il est déductif²²⁶. La réponse la plus probable est que ce raisonnement représente la combinaison de l'induction et de la déduction. Un auteur a écrit : « *Dans son processus d'élaboration, la présomption obéit à un schéma inductif; au stade de son application, elle implique un*

²²¹ Art. 2846 C.c.Q; Art. 1349 C.N. est presque identique ce qui facilite l'utilisation de la jurisprudence et de la doctrine française dans le présent travail (« *Les présomptions sont des conséquences que la loi ou le magistrat tire d'un fait connu à un fait inconnu* »).

²²² F. LLORENS-FRAYASSE, op. cit., note 67, n° 90, p. 42

²²³ La doctrine parle en ce sens de la présomption de fait comme « l'œuvre du magistrat » (R. DECOTTIGNIES, op. cit., note 162, n° 105, p. 263).

²²⁴ En 1965, on lit : « *Toute présomption fait appel au raisonnement. On procède par déduction pour en arriver à des conséquences tirées de ce qui arrive communément et ordinairement* » (A. NADEAU et L. DUCHARME, op. cit., note 23, n° 540, p. 435) et en 2003 on lit : « *En d'autres termes, il s'agit d'un processus intellectuel par lequel, de l'existence de faits connus, on induit l'existence d'un fait inconnu* » (L. DUCHARME, op. cit., note 20, n° 548, p. 221).

²²⁵ Par exemple Chaïm PERELMAN et Paul FORIERS, « *Les présomptions et les fictions en droit* », Bruxelles, E. Bruylant, 1974, n° 4, p. 9 (« *Sur le plan des présomptions simples c'est un vrai hypothétique qui sera sans doute un vrai tout court. Ce sera également un vrai induit par le juge de situations ou de faits fragmentaires mais considérés comme significatifs* »).

²²⁶ Par exemple Marcel PLANIOL et Georges RIPERT, « *Traité élémentaire de droit civil : conforme au programme officiel des facultés de droit* », 10^e éd., t. 2, Paris, Libraire général de droit & de jurisprudence, 1925, n° 12, p. 5 (« *Mais le raisonnement judiciaire appelé "présomption" n'a rien de commun avec cette méthode ; il suppose au contraire l'emploi de la méthode déductive ou syllogistique, qui descend d'une proposition générale à une conséquence particulière, car il suppose admise une idée ou une vérité d'observation, dont il fait l'application au cas particulier ou espèce qu'il s'agit de juger* »).

raisonnement déductif »²²⁷. En conséquence, nous porterons d'abord notre attention sur la phase inductive et, ensuite, sur la phase déductive.

A. Phase inductive du raisonnement

Pour éviter un malentendu, précisons que le raisonnement inductif signifie « *une sorte d'analyse où l'on va [...] du particulier au général* »²²⁸. Cette analyse est en effet fondée sur deux prémisses²²⁹ : celle de la causalité qui signifie que les mêmes causes seront toujours suivies des mêmes effets, et celle du déterminisme selon lequel l'ordre des choses est constant et universel.

Ces prémisses ne sont néanmoins pas absolues. Elles sont tempérées par le rôle du temps. En effet, cette dimension a été sous-estimée dans la physique classique, qui a cru que le mouvement du pendule serait le même, peu importe qu'il soit analysé aujourd'hui ou dans 100 ans. Le temps apporte toutefois aux systèmes apparemment immuables l'incidence du hasard. Cela veut dire que la dimension temporelle amène des événements inattendus, qui échappent aux règles systémiques simples, et qui peuvent transformer la réalité d'une telle manière qu'elle ne corresponde plus aux résultats prédits à l'aide de l'approche déterminative. Le résultat de cet assouplissement des prémisses du principe du déterminisme et de causalité peut être nommé « *déterminisme chaotique* »²³⁰, et il a pour effet que les conclusions de l'analyse présomptive ont un caractère probable, ouvert à la preuve contraire.

Toutefois, les prémisses mentionnées ci-dessus ne forment que la structure méthodologique du raisonnement du décideur. Elles ne pourraient se suffire à elles-mêmes pour faire n'importe quelle induction dans le cadre de la présomption de fait. Ce qui remplit cette structure méthodologique, c'est la

²²⁷ F. LLORENS-FRAYSSÉ, op. cit., note 67, n° 91, p. 42; pour la même opinion voir par exemple également R. DECOTTIGNIES, op. cit., note 162, n° 2, p. 10.

²²⁸ Émile LITTRÉ, « *Dictionnaire de la langue française* », t. 4, Paris, Gallimard / Hachette, 1964, p. 930.

²²⁹ Raymond BARRAINE, « *Théorie générale des présomptions en droit privé* », Paris, L.G.D.J., 1942, n° 5-6, p. 4-5.

²³⁰ J. MACUR, op. cit., note 12, p. 38-41.

fixation du standard, de la normalité dans le cas particulier²³¹. En d'autres mots, le décideur doit déterminer quel est l'ordre normal des choses.

La fixation du standard est faite à l'aide d'un fait particulier connu, appelé également l'indice. Le décideur, en partant de l'indice, qui, sans le raisonnement présomptif, n'a aucune importance dans l'affaire en litige²³², crée l'image générale, le standard dont le fait connu est considéré comme faisant normalement partie.

Évidemment, la question primordiale est de savoir comment le décideur est capable de bâtir l'image générale avec un ou quelques indices. La réponse est que c'est en vertu de l'expérience²³³. Celle-ci est en effet le vrai contenu de la présomption de fait ou inversement « *la présomption n'est que le moule dans lequel se coule* »²³⁴ l'expérience.

B. Phase déductive du raisonnement

Dans la phase déductive du raisonnement, le décideur déduit de la normalité, fixée par l'expérience et à l'aide des indices, l'autre « fait », auparavant inconnu. En réalité, il ne s'agit pas du fait de l'histoire reconstruite, mais de l'élément de la normalité installé dans l'histoire au lieu d'un élément de preuve du fait manquant.

²³¹ Même si l'idée de normalité est le plus souvent perçue dans son sens descriptif, il ne faut pas oublier qu'il y a également une dimension dogmatique (ce qui devrait être). Cette deuxième dimension est en effet l'essentiel de l'interventionnisme judiciaire. L'exemple illustratif est celui des juges français qui, en essayant de ne pas laisser la victime sans indemnisation, avaient créée par le canal de la présomption de la faute médicale le standard de l'obligation moyenne du médecin tout à fait virtuel (voir par exemple Geneviève VINEY, « L'originalité du régime d'indemnisation des risques sanitaires en droit français », dans Bernard DUBUISSON, Paul-Henry DELVAUX, Hélène DE RODE, Denis PHILIPPE, Geneviève SCHAMPS et Patrick WÉRY (dir.), *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 851, à la page 853 ou Jean PENNEAU, « *La responsabilité du médecin* », 3^e éd., Paris, Dalloz, 2004, p. 81.

²³² L. DUCHARME, op. cit., note 20, n° 637, p. 256.

²³³ « Il [la présomption comme le moyen de preuve] est fondé sur les données de l'expérience, [...] » (A. NADEAU et L. DUCHARME, op. cit., note 23, n° 540, p. 435), « *La présomption suppose ensuite l'application de cette vérité de l'expérience à l'espèce considérée* » (R. DECOTTIGNIES, op. cit., note 162, n° 2, p. 11)

²³⁴ F. LLORENS-FRAYSSSE, op. cit., note 67, n° 104, p. 50.

Cette opération intellectuelle, comportant progressivement le raisonnement inductif et déductif, peut être illustrée par un exemple jurisprudentiel banal. Dans l'affaire *Parent c. Lapointe*²³⁵, le décideur a essayé de reconstruire l'événement qui a abouti un accident de voiture. Il a été prouvé que le défendeur avait travaillé toute la journée avant le voyage, qu'il avait consommé de la bière et des « hot dogs » pendant le voyage, que ses compagnons avaient dormi profondément dans la voiture et qu'il était une heure et demie de la nuit au moment de l'accident. Sur la foi de ces indices, et en utilisant son bon sens, le décideur a induit qu'il est normal que le chauffeur d'une voiture soit tenté de s'endormir. Ensuite, il a inséré cette image de la normalité dans l'histoire de l'accident où aucune autre cause d'accident n'avait été prouvée. Il en a déduit que le chauffeur s'était endormi dans le cas particulier.

En pratique judiciaire, le schéma présomptif tel qu'esquissé ci-dessus ne doit pas toujours être apparent. Souvent, il sera plutôt implicite, dans ce sens que le décideur mentionne dans sa décision seulement le fait particulier connu et le fait particulier à en tirer, occultant ainsi toute l'opération mentale entre ces deux faits²³⁶.

Il s'ensuit que l'expérience n'est pas seulement un ingrédient présent dans la présomption de fait, elle est au cœur du mécanisme de cet instrument juridique. En plus, l'expérience est utilisée exactement dans le mode auquel nous nous intéressons dans le présent travail, dans le mode de la détermination des faits. L'expérience comble la lacune dans l'ensemble des éléments de preuve et permet ainsi au décideur de conclure à l'existence d'un fait qui n'a pas été directement prouvé par des éléments de preuve.

²³⁵ *Parent c. Lapointe*, [1951] 1 R.C.S. 376, 382.

²³⁶ Voir l'exemple de la présomption tacite dans l'affaire *Kiley-Nikkel c. Danais*, [1992] R.J.Q. 2821, 2827 (C.S.). Les faits connus étaient (i) que le patient a été informé de la grave erreur médicale ayant les conséquences considérables à sa santé et (ii) que le patient a bien accepté la dénonciation. Le décideur en déduit, sans aucune description de son cheminement mental, que le patient n'a pas compris l'information communiquée. Son raisonnement était probablement le suivant. La phase inductive : il est du sens commun que si l'être humain est informé de l'erreur qui endommage sa santé, le standard normal est qu'il réagit d'une manière émotive. La phase déductive : l'implantation de ce standard en l'espèce mène à une contradiction avec l'autre fait connu (le patient a bien accepté la dénonciation). Cette contradiction est explicable seulement par l'incompréhension de l'information transmise par le patient.

Section 2. Type d'expérience utilisée

La normalité dans un cas donné est généralement fixée par le sens commun en tant que sorte d'expérience profane. La doctrine de droit civil parle dans ce contexte de la présomption comme des « *confins du sens commun d'où elle tire ses origines et sa définition générale [...] »*²³⁷. La doctrine de la *common law* dit plus ou moins la même chose : « *it is a common sense logical inference that is drawn from proven facts »*²³⁸.

Toutefois, la normalité dans le cadre de la présomption de fait est de plus en plus occupée par d'autres types d'expérience : par l'expérience technique et par l'expérience scientifique. La raison est simple. Lorsque le décideur est en présence d'une histoire qui est inhabituelle pour la majorité de la population²³⁹ ou lorsqu'il s'agit d'une histoire habituelle, mais que le fait connu est en dehors de la perception de la majorité de la population²⁴⁰, le décideur n'est pas capable de fixer par la voie de l'expérience profane le standard de la normalité. Dès lors, ce sera le technicien ou le scientifique qui va tirer les conclusions, à partir des faits connus.

Cela pose le problème du contrôle de l'utilisation de ces types d'expérience dans le procès. Ce contrôle est effectué par le décideur mais, comme il n'en sait rien, sa décision d'admettre l'expérience au procès ou non peut s'avérer fort difficile²⁴¹.

²³⁷ F. LLORENS-FRAYSSÉ, op. cit., note 67, n° 2, p. XII.

²³⁸ J. SOPINKA, S. N. LEDERMAN et A. W. BRYANT, op. cit., note 150, p. 97.

²³⁹ Cela peut être par exemple la problématique du mal fonctionnement d'une machine, analysé dans une affaire portant sur la responsabilité des vices cachés de la machine (l'expérience technique) ou la problématique de la cause du dommage à la santé (la preuve scientifique).

²⁴⁰ Ce cas sera typique surtout pour le droit pénal, où la police est souvent capable de collecter des preuves microscopiques que la personne moyenne n'est pas capable de percevoir et d'autant moins d'en déduire quelque chose.

²⁴¹ Le même problème est également présent en droit pénal où un juge a remarqué : « *les jurés avaient devant eux une preuve scientifique contradictoire [...]. L'examen de cette preuve souligne de nouveau l'illogisme, sinon le ridicule de notre procédure. C'est par exception que le témoin expert peut exprimer une opinion. On le lui permet pour qu'il éclaire le jury ou le juge sur des données scientifiques ou techniques que le jury ou le juge n'est pas censé connaître. Lorsque des théories scientifiques s'affrontent, se contredisent, comme dans l'espèce, quel est celui qui dira la vérité scientifique, le bien-fondé de l'une des deux théories médicales contradictoires : le jury qu'on voulait éclairer parce qu'il n'en connaissait rien » (Létourneau c. R., [1965] B.R. 77, 78 (C.A.)).*

La présomption de fait représente ainsi un instrument juridique mixte, en ce sens qu'il peut faire appel soit à l'expérience profane, soit à l'expérience scientifique.

Section 3. Critères de l'utilisation de l'expérience

Comme l'expérience est utilisée dans le cadre de la présomption de fait comme mode de détermination des faits, ce qui représente une dérogation substantielle aux principes procéduraux, le droit était obligé de trouver des mécanismes pour sécuriser le procès civil contre d'éventuels excès.

Dans l'histoire, il y a eu des époques où la surveillance sur l'afflux de l'expérience dans le procès a été très rigoureuse. La plus mémorable a été celle du Moyen-Âge, lorsque la théorie de l'arithmétique des preuves a été appliquée²⁴². Cette théorie a en effet asservi l'expérience par la classification des indices et la fixation des faits qu'il fallait en tirer, y compris la fixation de leur force probante. La force probante des preuves a ensuite été additionnée ou décomptée. Rien d'autre que l'indice reconnu d'avance ne pouvait entrer dans le procès. Le fondement factuel devenait détaché de la réalité, ce qui a suscité plus tard la naissance de la théorie de l'intime conviction. Il est également possible de faire référence au principe « *Praesumptum de praesumpto non admittitur* »²⁴³, selon lequel l'indice doit être prouvé par les preuves directes, ce qui signifie par conséquent que l'enchaînement des présomptions n'était pas possible. Il y avait également par exemple le principe que le fait inconnu devait être appuyé au moins sur deux indices, etc.²⁴⁴

De tels critères ne sont plus valables. Le droit civil actuel, québécois et français, a incorporé les critères de l'utilisation de l'expérience dans trois expressions. Pour être acceptable, les présomptions de fait doivent être : « graves », « précises » et « concordantes »²⁴⁵.

²⁴² A. PADOA-SCHIOPPA, op. cit., note 35, à la page 119-120.

²⁴³ « *La présomption de la présomption n'est pas admise* » (traduction de l'auteur).

²⁴⁴ Voir par exemple R. DECOTTIGNIES, op. cit., note 162, n° 107, p. 268.

²⁴⁵ Art. 2849 C.c.Q., art. 1353 C.N.

Avant analyser la signification de ces critères, il est intéressant de mentionner l'approche différente, par rapport à ces critères, entre le droit français et québécois. La doctrine française de la première moitié du XX^e siècle parle de ces critères comme de « *simple recommandation que restriction [...] d'un simple conseil, sans sanction aucune, la Cour de cassation n'exerçant pas son contrôle sur ce point* »²⁴⁶ ou d'« *un simple conseil de prudence, une directive que le magistrat est libre de suivre ou non* »²⁴⁷. Le décideur est même « *dispensé de spécifier les documents produits à l'appui des présomptions* »²⁴⁸. La même opinion persiste dans la jurisprudence²⁴⁹ et la doctrine²⁵⁰ plus récentes. Bref, le système français considère les critères de présomption comme une question de fait où le décideur est tout à fait souverain. Par contre, le système québécois considère ces limites comme une question de droit²⁵¹. Ainsi, dans l'affaire *Garantie (La), Cie d'assurance de l'Amérique du Nord c. Massicotte*²⁵² la Cour d'appel a complètement changé le résultat du raisonnement présomptif du juge de première instance. Or, les mêmes critères d'utilisation de l'expérience dans le cadre de la présomption de fait sont perçus d'une manière différente en droit québécois et en droit français.

En ce qui concerne les critères eux-mêmes, l'explication qui a présentement cours au Québec a peu de valeur aux fins du présent travail.

²⁴⁶ R. BARRAINE, op. cit., note 229, n° 232, p. 190.

²⁴⁷ R. DECOTTIGNIES, op. cit., note 162, n° 113, p. 284.

²⁴⁸ Id.

²⁴⁹ « *Mais attendu que cette discussion de fait relative à l'interprétation des indices matériels ne saurait être admise devant la Cour de Cassation ; [...]* » (Civ. 2^e, 1^{er} févr. 1978 : Bull. civ. II, n° 31).

²⁵⁰ Xavier HENRY, François JACOB, Alice TISSERAND-MARTIN, Guy VENANDET et Georges WIEDERKEHR, « *Méga Code civil* », 6^e éd., Paris, Dalloz, 2005, p. 1610.

²⁵¹ La jurisprudence parle à cette occasion « *de donner aux faits qu'il a retenue leur dimension juridique, [...]* » ou de l'application « *aux faits perçus les normes de "graves, précises et concordantes", pour conclure à l'existence des faits inaperçus. Liés par la détermination des faits tels que perçus par le juge de première instance, les juges de la Cour d'appel ont dès lors autant d'éléments en mains que le juge de première instance pour appliquer la norme qui nous dicte la jurisprudence* » (Longpré c. Thériault, [1979] C.A. 258, 260 (C.A.)). Voir également par exemple *St-Pierre c. Tanguay*, [1959] R.C.S. 21 ou *Trans-Canada Shoe Ltée c. Travelers Indemnity Corp.*, [1976] 2 R.C.S. 46.

²⁵² *Garantie (La), Cie d'assurance de l'Amérique du Nord c. Massicotte*, [1988] R.R.A. 16, 19, 20 (C.A.).

L'extrait de l'ouvrage de L. Larombière²⁵³, utilisé par le juge Lamer dans l'affaire *Longpré c. Thériault*²⁵⁴, et puis maintes fois cité par la jurisprudence²⁵⁵ et par la doctrine québécoises²⁵⁶, semble être assez vague²⁵⁷. Par contre, l'explication donnée par un autre Français, R. Barraine²⁵⁸, environ 50 ans plus tard, produit une image plus claire.

(i) Gravité de la présomption

Quant à la gravité de la présomption, R. Barraine mentionne tout d'abord l'opinion dominante de l'époque, selon laquelle la présomption est grave lorsqu'elle est de nature à faire impression sur une personne raisonnable. Il est possible de traduire ainsi cet énoncé: la présomption est grave si elle semble grave pour la majorité de la population, en d'autres mots, si elle semble grave d'après le sens commun. Le critère de gravité sert ainsi à garantir l'harmonie entre l'expérience du juge et celle de la population.

Toutefois, R. Barraine est d'avis que cette idée est trop étroite et que « *le magistrat a plus de raisonnement qu'un homme raisonnable. Il est censé avoir un jugement plus sûr et plus réfléchi que celui de la moyenne des*

²⁵³ Léobon LAROMBIÈRE, « *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres III et IV, livre III du code civil, art. 1101 à 1386* », t. 7, Paris, Durand et Pédone-Lauriel, 1885, p. 216.

²⁵⁴ Précité, note 251.

²⁵⁵ Par exemple *American Home Assurance Co. c. Auberge des pins, Inc.*, [1990] R.R.A 152, 159 (C.A.).

²⁵⁶ Par exemple J.-C. ROYER, op. cit., note 17, n° 842, p. 647 et 648.

²⁵⁷ « *Les présomptions sont graves lorsque les rapports du fait connu ou fait inconnu sont tels que l'existence de l'un établit, par une induction puissante, l'existence de l'autre [...]* » (le seul mot qui ne s'attache pas à l'essentiel de la présomption, mais à sa gravité est le mot « puissante » ce qui est trop peu pour l'explication). « *Les présomptions sont précises, lorsque les inductions qui résultent du fait connu tendent à établir directement et particulièrement le fait connu et contesté. S'il était également possible d'en tirer les conséquences différentes et même contraires, d'en inférer l'existence de faits divers et contradictoires, les présomptions n'auraient aucun caractère de précision et ne feraient naître que le doute et l'incertitude* » (il serait possible d'en induire que l'enchaînement des présomptions n'est pas possible ce qui n'est pas vrai) et finalement « *Elles sont concordantes lorsqu'ayant toutes une origine commune ou différente, elles tentent, par leur ensemble et leur accord, à établir le fait qu'il s'agit de prouver [...]. Si [...] elles se contredisent [...] et se neutralisent, elles ne sont plus concordantes et le doute seul peut entrer dans l'esprit du magistrat* ».

²⁵⁸ R. BARRAINE, op. cit., note 229, p. 188-189.

hommes »²⁵⁹. R. Barraine plaide ainsi en faveur du bon sens du décideur qui peut parfois différer du sens commun de l'époque.

Même si le résultat des deux positions dans le cas particulier est probablement le plus souvent le même, chaque position a ses avantages. L'utilisation du sens commun signifie que la présomption, et éventuellement la décision qui y est fondée, sera toujours perçue par la société comme légitime, voire juste. Toutefois, si la société devient « folle », le juge, utilisant le sens commun, devient « le juge Lynch », cela veut dire une marionnette aux mains de la foule. Par contre, l'utilisation du bon sens représente le risque d'excès personnels du décideur mais, dans les moments critiques de la société, elle donne une espèce de garantie que les jugements soient plus proches de la réalité.

Nous sommes d'avis que l'explication de la gravité à l'aide du sens commun est plus correcte. Cet avis est appuyé sur la conviction que le critère devrait signifier en effet une certaine limite pour le décideur. Le bon sens ne représente cependant aucune limite pour le décideur qui suit dans ce cas seulement sa propre expérience.

(ii) Précision de la présomption

La précision de la présomption signifie, d'après R. Barraine, que le raisonnement présomptif doit toujours être fermement ancré dans le fait connu²⁶⁰. Il s'ensuit que ce critère devrait mener le décideur à la rigueur de son raisonnement. Il devrait l'empêcher de se laisser dominer par ses préjugés et ses impressions vagues. Bref, le juge devrait trier l'expérience profane qu'il possède et appliquer seulement la partie qui se rattache de manière suffisamment étroite à l'histoire reconstruite.

²⁵⁹ Id.

²⁶⁰ « La loi lui conseille de ne pas baser son raisonnement sur un faible indice, sur une impulsion momentanée ou une simple impression » (Id.).

(iii) Concordance des présomptions

En ce qui concerne la concordance des présomptions, R. Barraine explique d'une manière persuasive que ce critère ne s'applique que si les présomptions opposées remplissent au même degré le critère de la gravité et de la précision²⁶¹. Il n'est pas rare qu'il soit possible de créer la présomption opposée à celle de l'autre partie dans un cas particulier. S'il suffisait seulement de créer la présomption opposée pour réfuter la présomption de l'autre partie sans que cette construction concurrentielle soit grave et précise au moins au même degré que la construction de l'autre partie, il serait presque exclu d'insérer quelque présomption que ce soit dans le procès.

Il faut également mentionner que le critère de concordance ne doit pas nécessairement signifier que le fait inconnu peut être inséré dans l'histoire reconstruite uniquement en vertu d'une pluralité de présomptions ; le fait inconnu peut être reconnu également en vertu d'une présomption unique, à condition que celle-ci soit suffisamment grave et précise²⁶².

Il s'ensuit que ce troisième critère possède plutôt un caractère complémentaire en comparaison de deux critères précédents.

Nous pouvons conclure l'analyse des critères de l'utilisation de l'expérience par la constatation du fait que les critères dictés par les présomptions sont relativement vagues et que leur fonctionnement dans la pratique comporte des différences profondes dans la même famille de systèmes juridiques.

(iv) Pétrification de l'expérience

Nous avons dit que les critères fixés pour l'entrée de l'expérience au procès par le canal de la présomption de fait ne sont pas en effet trop limitatifs. En outre, il arrive parfois que l'expérience, qui, en tant que présomption de fait, a une fois pénétré dans le système juridique, ne soit plus testée dans les

²⁶¹ « [...] : *sitôt que celui-ci lui paraît grave et précis, il aura licence d'en abandonner d'autres, ne possédant pas ces deux caractères au même degré* » (Id.).

²⁶² Id.

affaires subséquentes si elle continue à remplir les critères nécessaires. Or, il serait possible de parler de la « pétrification » de l'expérience dans le cadre de la présomption de fait²⁶³.

En ce qui a trait à ce phénomène, la doctrine parle de présomptions « quasi légales »²⁶⁴. Il s'agit de présomptions d'origine jurisprudentielle, mais leur effet est semblable à celui des présomptions légales. Elles sont appliquées obligatoirement, et le décideur ne se demande plus si elles sont dans le contexte du cas particulier des présomptions graves, précises et concordantes. Très souvent, il s'agit de présomptions qui se caractérisent par une certaine généralité et l'abstraction. Bref, il s'agit du stade transitoire entre la présomption de fait et la présomption légale qui ressemble à la coutume comme source de droit²⁶⁵. Nous pouvons mentionner, à titre d'exemple de ce type de présomption l'arrêt *Laferrière c. Lawson*²⁶⁶. Dans cette affaire, la Cour suprême a dit : « *Dans certains cas, lorsqu'une faute comporte un danger manifeste et que ce danger se réalise, il peut être raisonnable de présumer l'existence du lien de causalité, [...]* »²⁶⁷. À la suite de cette décision, les tribunaux ont commencé à appliquer ce type de présomption d'une manière mécanique. Si la faute comportait un danger manifeste et si ce danger se réalise, ils concluent à l'existence du lien causal sans tenir en compte d'autres facteurs présents dans le cas particulier²⁶⁸.

L'expérience qui a atteint un tel degré d'infiltration dans le droit représente un risque pour le procès civil. Plus l'expérience est devenue une partie du droit, plus elle risque de s'éloigner de la réalité. Elle est appliquée d'une manière mécanique, sans appréciation judicieuse des circonstances du cas particulier. Eu égard à ce risque, le droit, tôt ou tard, doit choisir l'une de deux solutions possibles: soit qu'il renvoie la présomption dans la catégorie des

²⁶³ C'est effet est d'ailleurs perceptible dans une forme moins intense auprès de la connaissance d'office dans la *common law* (Supra, p. 74) et auprès du témoignage d'expert (voir par exemple la question de la preuve du « syndrome de la femme battue » dans *R. c. Lavallé*, [1990] 1 R.C.S. 852 ou les idées dans John MONAHAN et Laurens WALKER, « Judicial Use of Social Science Research », (1991) 15 *Law & Hum. Behav.* 571).

²⁶⁴ Par exemple F. LLORENS-FRAYSSE, op. cit., note 67, n° 25, p. 11.

²⁶⁵ R. DECOTTIGNIES, op. cit., note 162, n° 115, p. 297.

²⁶⁶ *Laferrière c. Lawson*, [1991] 1 R.C.S. 541.

²⁶⁷ Id., 609.

²⁶⁸ Voir par exemple *St-Jean c. Mercier*, [1999] R.J.Q. 1658 (C.A.).

présomptions de fait à proprement parler²⁶⁹, soit qu'il transforme la présomption quasi légale en une véritable présomption légale, dont la fin peut être différente de celle de la découverte de la vérité²⁷⁰.

Le problème de la pétrification des présomptions de fait est un peu plus pressant dans le domaine de la *common law*. Dans ce système juridique, la frontière entre la présomption de fait et la présomption légale n'est pas aussi transparente que dans le droit continental. Le droit continental établit une distinction entre la présomption de fait et la présomption légale basée sur l'aide d'identité de l'auteur de la présomption : c'est le décideur pour les présomptions de fait et le législateur pour les présomptions légales. Cette distinction n'est pas applicable en *common law*. Le décideur en *common law* a également le droit de légiférer, d'une certaine manière. Dès lors, il n'est pas facile de discerner quand la présomption créée par un tribunal de niveau supérieur doit être impérativement appliquée comme présomption légale et quand son application est laissée à la discrétion du décideur comme présomption de fait. Cette difficulté est d'autant plus grande lorsque le décideur n'est pas un juge professionnel, mais un jury en tant qu'organe collectif laïc. C'est pourquoi la Cour suprême a proposé la substitution du mot « presumption » en anglais par le mot « inference » dans tous les cas où il s'agit en effet de la présomption de fait²⁷¹.

L'expérience, une fois insérée dans le procès, a tendance à se fusionner avec le droit, évitant ainsi les critères que le droit fixe pour chaque entrée de

²⁶⁹ Par exemple dans l'affaire *St-Jean c. Mercier*, la Cour suprême s'est opposée à l'application mécanique de la présomption de la causalité exprimé dans l'affaire *Laferrrière c. Lawson* (« [...] il ne suffit pas de montrer que le défendeur a créé un risque de préjudice et que le préjudice s'est ensuite réalisé dans l'aire de risque ainsi créée [...]. Il se peut que l'on mal interprété ce que je dis dans *Laferrrière*, p. 609 [...] », *St-Jean c. Mercier*, [2002] 1 R.C.S. 491, 532).

²⁷⁰ Par exemple Art. 85 C.c.Q. (« L'absent est présumé vivant durant les sept années qui suivent sa disparition, à moins que [...] »).

²⁷¹ « [...] it will be worthwhile to recognize what is involved in the so-called doctrine of recent possession. It is difficult, indeed, to call it a doctrine for nothing is taught, nor can it properly be said to refer to a presumption arising from the unexplained possession of stolen property, since no necessary conclusion arises from it. Laskin J. (as he then was) (Hall J. concurring) in a concurring judgment in *R. v. Graham*, supra, said at p. 215: The use of the term "presumption", which has been associated with the doctrine, is too broad, and the word which properly ought to be substituted is "inference" » (R. c. Kowlyk, [1988] 2 R.C.S. 58, par. 4; la référence faite à *R. c. Graham* [1974] R.C.S. 206)

l'expérience au procès. L'aspect problématique de cette tendance est que, dès le moment de la fusion, l'expérience cesse potentiellement de remplir sa fonction majeure, c'est-à-dire d'assurer la liaison entre le droit et la réalité. L'expérience, en tant que partie du droit, devient immuable, tandis que la réalité est en changement permanent. Le droit réagit par conséquent soit par l'expulsion de l'expérience, en la retournant à sa position originale, soit par son acceptation définitive, en changeant cependant sa fonction originelle.

Section 4. Processus de l'utilisation de l'expérience et son contrôle

Comme pour la connaissance d'office, nous porterons d'abord attention au processus d'utilisation de l'expérience sous la forme de présomption de fait dans le procès civil et, ensuite, à la problématique de sa réfutation.

A. Processus de l'utilisation

L'utilisation de la présomption de fait n'est pas aussi « mystérieuse » que l'utilisation de la connaissance d'office. La présomption de fait part en effet d'un fait connu, prouvé contradictoirement par les moyens de preuve « classiques ». Dès lors, les parties peuvent présumer ce que le décideur peut hypothétiquement tirer des indices comme des faits prouvés. La possibilité de surprise des parties à la fin du procès est moins grande que dans le cas de la connaissance d'office. Toutefois, cela ne signifie pas que cette problématique soit simple.

(i) Personne autorisée à prendre l'initiative de l'emploi de l'expérience

En ce qui concerne la question de savoir qui peut prendre l'initiative de l'emploi de la présomption de fait, la réponse ne semble pas compliquée. Dans la majorité des cas, l'une des parties proposera au décideur une ligne de raisonnement présomptif qui mènera au résultat favorable à ses intérêts. Ce sera au décideur d'apprécier si la piste proposée remplit les critères analysés ci-dessus, sans pour autant être lié par les prétentions des parties. Il lui est permis d'apporter au procès une expérience différente de celle proposée. La doctrine française est très claire en ce sens: le décideur est tout à fait libre. Il peut

utiliser les informations et les documents qui n'ont pas été discutés contradictoirement, qui sont étrangers aux deux parties ou seulement à une partie, à condition que son raisonnement présomptif remplisse les critères analysés ci-dessus²⁷².

Cette approche est également présente dans le droit canadien, comme l'indique l'affaire *R. c. D.D.*²⁷³. Dans cette cause, il a été prouvé que l'enfant n'a rapporté l'agression sexuelle qu'après deux ans et demi (le fait connu). La partie accusée a proposé d'en inférer par le bon sens que l'histoire alléguée ne s'était pas passée. Le décideur, la Cour suprême, a décidé qu'il est évident que ce fait connu ne représente aucun indice d'où il pourrait être inféré quoi que ce soit sur la véracité de l'histoire en l'espèce. En d'autres mots, une partie a affirmé « son » sens commun pour tirer une certaine conclusion, tandis que le décideur, en vertu de « son » sens commun, l'a rejetée. La Cour suprême a dit :

*« Lorsqu'on détermine s'il y a eu agression sexuelle sur un enfant, le moment de la révélation, à lui seul, n'indique rien. Les enfants victimes d'agression sexuelle ne révèlent pas tous l'agression immédiatement. Cela dépend de la situation de la victime en cause. Je trouve surprenant que l'on laisse entendre qu'un jury ou juge canadien serait incapable de comprendre ce simple fait ».*²⁷⁴

Ce jugement est également intéressant d'un autre point de vue. Il donne l'exemple que le sens commun peut changer avec le temps. Il contient des citations des jugements et de la doctrine établissant que jusqu'aux années 1980, le sens commun, ayant la forme juridique de la présomption de fait, était conforme à ce que pladait l'accusé. Ensuite, l'expérience scientifique, prouvant le contraire, est devenue si notoire que le contenu du sens commun s'est complètement transformé²⁷⁵.

²⁷² « Comme le dit un arrêt récent de la Cour suprême, "le champ des investigations du magistrat n'est pas borné; il peut s'étendre à des actes étrangers aux parties ou à l'une d'entre elles et il suffit qu'ils aient avec le fait à vérifier une liaison assez étroite pour qu'il en soit tiré des déductions légitimes". On ne saurait interdire en effet au magistrat de chercher les éléments de sa conviction dans les actes étrangers aux plaideurs [...] » (R. DECOTTIGNIES, op. cit., note 162, n° 105, p. 264, jugement cité : Cass. soc. 19 juin 1947 G. P. 47. 2. 84).

²⁷³ *R. c. D.D.*, [2000] 2 R.C.S. 275.

²⁷⁴ Id., par. 59.

²⁷⁵ Id., par. 60-63.

Néanmoins, la liberté du décideur (mais également le fardeau dans un certain sens) n'est pas illimitée. Il semble normal que la liberté du raisonnement englobe seulement l'utilisation de l'expérience profane sous la forme du sens commun ou éventuellement du bon sens. On peut difficilement imaginer que le décideur tire ses propres conclusions de faits connus qui sont hors de l'expérience quotidienne et que, par conséquent, il tranche le litige sur la base de ses propres études en matière spécialisée. Pour ce type de situations, où les parties n'ont pas fourni leurs propres suggestions de raisonnement présomptif, appuyées sur le témoignage d'expert²⁷⁶ ou si les suggestions offertes ne satisfont pas le décideur, le droit donne au décideur un autre moyen. Ce dernier a le droit et le devoir de nommer son propre expert qui va tirer les conclusions des faits connus²⁷⁷.

Il s'ensuit que le décideur est tout à fait libre dans son raisonnement présomptif, s'il applique le sens commun ou le bon sens. Par contre, s'il faut utiliser l'expérience scientifique ou l'expérience technique, il est limité par les propositions de l'expert.

(ii) Formes du processus de l'utilisation

Quant à la question de savoir comment ce raisonnement est fait lors du procès civil, il est possible d'envisager en principe les mêmes positions que dans le cas de la connaissance d'office : soit la présomption de fait est examinée explicitement si le décideur fait connaître aux parties son raisonnement et leur donne l'occasion d'exprimer leur opinion, soit elle est implicite lorsque le raisonnement du décideur n'est exprimé qu'à la décision finale.

Il importe peu que l'on se réfère à la conception française, qui perçoit le raisonnement présomptif comme une question de fait, ou à la conception québécoise, qui le perçoit comme une question de droit, le décideur a recours à

²⁷⁶ Cette situation survient probablement assez rarement. Toutefois, si elle se produit, le décideur d'habitude invite expressément une partie à produire la preuve scientifique ou technique au procès (voir par exemple *Guénette c. Bélanger*, [1998] A.Q. no 1864, par. 39 (C.S.)).

²⁷⁷ Art. 414 C.p.c.

la présomption de fait le plus souvent de manière implicite. Pendant le déroulement du procès, le décideur, suivant l'événement qui se produit devant lui, forme son opinion sur le dossier et ne l'exprime que dans la décision finale²⁷⁸. Bref, le procès civil n'est pas comme une enchère, où chaque participant sait à n'importe quel moment quelle est sa position relative dans la procédure.

Toutefois, des opinions récentes penchent en faveur du changement de cette forme classique de la procédure judiciaire²⁷⁹. M. E. Schneider parle à cette occasion de « interactive approach »²⁸⁰. Cette nouvelle approche signifie que le décideur, pendant du déroulement du procès, devrait donner aux parties en mode continu des indications sur l'évolution de son opinion tant sur le droit que sur les faits dans l'affaire traitée. Cette approche devrait contribuer à une plus grande efficacité de la procédure parce que le décideur, donnant aux parties l'occasion d'exprimer leurs objections contre ses conclusions préliminaires, peut vérifier si celles-ci leur résistent, s'il a bien compris l'affaire et s'il n'a rien négligé. Dans la *common law*, cette approche est impensable, parce qu'elle est perçue comme un manque d'impartialité du décideur²⁸¹. Le droit civil continental y est plus ouvert²⁸², mais il est tout de même bien loin de l'appliquer systématiquement.

²⁷⁸ Il est sans doute qu'il est parfois possible de « lire » dans l'esprit du décideur par l'intermédiaire de son comportement pendant le procès, comme par exemple par la manière dont il pose les questions aux témoins. Néanmoins, cette « lecture » n'est pas le thème du présent travail.

²⁷⁹ Voir par exemple Michael E. SCHNEIDER, « *Combining Arbitration with Conciliation* » (le 12 juin 2007), en ligne: lalive <http://www.lalive.ch/files/mes_combining_arbitration_with_conciliation.pdf>

²⁸⁰ Michael E. SCHNEIDER, « *Lean Arbitration* », (1994) 10 *Arbitration International* 119, 127.

²⁸¹ Voir par exemple « *Practice Statement (Commercial Cases : Alternative dispute Resolution) (No. 2)* » qui dit, entre autres : « *If, after discussions with those representing the parties, it appears to the judge that an early neutral evaluation is likely to assist in the resolution of the matters in dispute, he may offer to provide that evolution him-self or to arrange for another judge to do so. If that course is accepted by the parties, the judge may thereupon give the directions as to such preparatory steps for the evaluation and the form which it is to take as he considers appropriate [...] Where early evaluation is provided by a judge, that judge will unless the parties otherwise agree, take no further part in the proceedings either for the purpose of the hearing of summonses or as trial judge* » ([1996] 1 W.L.R. 1024, 1025).

²⁸² Voir par exemple la disposition de la procédure tchèque, qui impose au décideur de discuter le dossier avec les parties et de leur signaler la jurisprudence de la Cour suprême applicable en l'espèce. Au moins dans le choix de la jurisprudence, le décideur est obligé de dévoiler son opinion de l'affaire [traduction de l'auteur du présent travail] :

Il s'ensuit que la procédure civile laisse le déroulement du raisonnement présomptif et, par conséquent, l'entrée de l'expérience au procès aux mains du décideur. Ce dernier peut tirer les faits inconnus des faits connus, même si cela n'avait pas été proposé par les parties, à condition que son raisonnement ne quitte pas le champ de l'expérience profane. Il lui est également permis de ne dévoiler son raisonnement qu'à la décision finale. Le risque de l'insertion de l'expérience inapproprié est cependant considérablement tempéré par la nature du raisonnement présomptif. Celui-ci est, à la différence de la connaissance d'office, étroitement liée avec les faits qui sont passés par le débat contradictoire. Les parties peuvent ainsi mieux deviner le processus mental du décideur et opposer des objections contre le raisonnement présumé. Le risque de la surprise à la fin est moins grave que dans le cas de la connaissance d'office.

B. Possibilité de réfutation

La question de la possibilité de réfutation de la présomption de fait peut être divisée en deux volets. Premièrement, nous allons aborder la problématique de réfutation de la présomption de fait avant que la décision au fond ne soit rendue. Deuxièmement, nous allons nous concentrer sur la réfutation en appel.

(i) Possibilité de réfutation avant la décision

La possibilité de réfutation avant que la décision ne soit prononcée n'est pas du tout aussi énigmatique que dans le cas de la connaissance d'office. La présomption de fait et l'expérience présente dans la présomption de fait sont toujours réfutables. Toutefois, le succès de la preuve contraire dépend de la force probante de la présomption. Le fait présumé peut s'avérer tantôt comme

« (1) Les parties peuvent terminer la procédure judiciaire par la conciliation judiciaire, si la nature de la chose le permet. Le tribunal s'efforce de concilier les parties. En le faisant, le président du sénat notamment discute le cas, signale aux parties les dispositions légales relatives au cas, les avis de la Cour suprême et les décisions publiées dans le "Recueil des décisions et avis judiciaires" portant sur le cas et suivant les circonstances du cas il leur recommande les possibilités de la conciliation du litige.

(2) Le tribunal décide s'il entérine la conciliation. Il ne l'entérinera pas si la conciliation n'est pas conforme à l'ordre juridique. Dans ce cas, le tribunal, après l'autorité de la chose jugée de la décision, continue dans la procédure judiciaire » (Article 99 de la loi no. 99/1963 Sb.).

seulement probable, tantôt comme presque sûr. Comme dit L. Ducharme : « *il y a une infinité de degrés* »²⁸³. La force de la présomption sera fixée par la force de la normalité qui lie le fait connu et le fait inconnu. S'il est presque exclu que le fait inconnu se produise sans que se produise le fait connu, la présomption de fait s'approche de la certitude, et la preuve contraire sera extrêmement difficile et vice-versa. C'est pourquoi les tribunaux utilisent parfois l'expression selon laquelle il faut « *une forte indication du contraire* »²⁸⁴. Néanmoins, il ne faut pas en conclure que la réfutation de la présomption de fait requière un degré de preuve plus grand que la simple prépondérance des probabilités.

En principe, la preuve contraire peut être faite soit par la preuve directe, soit par une autre présomption, dont le fait inconnu est plus fermement attaché au fait connu. Dans le dernier cas, il est possible de parler de « combat des présomptions », ce qui relativise davantage le critère de concordance des présomptions dans le sens susmentionné.

(ii) Possibilité de réfutation en appel

En ce qui concerne la possibilité de réfutation de la présomption de fait en appel, il faut rappeler que dans le droit civil québécois, le raisonnement présomptif est considéré comme appartenant au domaine de droit et non de fait²⁸⁵. Par conséquent, la présomption de fait peut toujours être l'objet de révision²⁸⁶. La raison de cette solution est bien expliquée par L. Ducharme :

« Simplement parce que la force probante des présomptions repose sur une induction, c'est-à-dire un processus intellectuel dont les tribunaux d'appel peuvent facilement apprécier la valeur. [...] C'est pourquoi les tribunaux d'appel se considèrent

²⁸³ L. DUCHARME, op. cit., note 20, n° 554, p. 223.

²⁸⁴ Par exemple *Morin c. Blais*, [1977] 1 R.C.S. 570, 580.

²⁸⁵ *Supra*, p. 91.

²⁸⁶ Voir par exemple *RCA Ltée c. Lumbermen's Mutual Insurance Company Co.*, [1984] R.D.J. 523, 529, 530 (C.A.) (« le pouvoir d'une cour d'appel d'intervenir dans un tel cas aux conclusions tirée par le juge d'une longue preuve de faits et de l'analyse de diverses possibilités émises par les experts n'est plus sérieusement discuté ») ou *Tousignant c. Commission des affaires sociales*, [1984] C.S. 842, 846 (C.S.) (« il est reconnu en jurisprudence que lorsque le Tribunal décide sans preuve, ou en arrive à une conclusion à laquelle aucune personne, agissant judiciairement, ne saurait aboutir, il y a là une question de droit »).

*dans une aussi bonne position que le juge de première instance pour dégager les présomptions de fait ».*²⁸⁷

Par contre, dans le droit français, la présomption de fait en tant que question de fait est exemptée du contrôle du décideur supérieur²⁸⁸. Par conséquent, le contenu de l'expérience, une fois inséré dans le procès sous la forme de présomption de fait, ne peut pas éventuellement être corrigé plus tard.

Conclusion du deuxième chapitre

La présomption de fait est probablement l'instrument juridique principal par lequel l'expérience comme mode de détermination des faits pénètre dans le procès civil. C'est l'expérience profane ainsi que l'expérience scientifique qui peuvent prendre cette forme juridique.

Les critères fixés par le droit pour l'entrée de l'expérience sont actuellement beaucoup moins sévères que par le passé. À la différence de la connaissance d'office, il n'y a pas de controverses doctrinales sur les critères devant être appliqués. La pertinence des trois critères mentionnés ci-dessus ne fait pas l'objet de graves discussions. Par contre, la nature de ces critères est perçue différemment. Pour le droit français, il s'agit d'une question de fait, où le décideur, comme celui qui insère l'expérience au procès, est tout à fait souverain. Pour le droit québécois, c'est une question de droit, et le décideur peut être ainsi contrôlé par les décideurs supérieurs. Il est également possible de remarquer la tendance à contourner ces critères par la pétrification de l'expérience qui s'intègre dans la jurisprudence.

En ce qui concerne le mécanisme du processus de l'utilisation de la présomption de fait dans le procès civil, ce processus a d'habitude la forme implicite. En outre, le décideur n'est pas restreint dans son raisonnement par les propositions des parties. Néanmoins, le risque d'insertion de l'expérience « folle » est probablement moins important en comparaison avec la

²⁸⁷ L. DUCHARME, op. cit., note 20, n° 641, p. 257.

²⁸⁸ Pour être précis, il faut dire que la doctrine et les jugements précités du milieu de droit français parlent uniquement du contrôle de la part de la Cour de cassation et ne font aucune mention du contrôle en appel.

connaissance d'office, car l'expérience doit être toujours fermement rattachée à des faits connus et, de plus, au moins en droit québécois, la présomption de fait n'échappe pas au contrôle des cours supérieures.

Chapitre 3. Le témoignage d'expert

Le témoignage d'expert est un instrument juridique qui a été créé pour insérer l'expérience scientifique ou technique dans le procès judiciaire. L'expérience scientifique ou l'expérience technique ne peuvent pas produire, dans le procès civil, aucun effet si elles n'étaient pas passées au préalable par la « porte » du témoignage d'expert²⁸⁹.

L'expérience scientifique est ainsi la substance même du témoignage d'expert. Quoiqu'il s'agisse de l'expérience personnelle du témoin expert ou de l'expérience des autres, qui est cependant rapportée par le témoin expert, il s'agit toujours de l'expérience. Il est ainsi redondant de faire une analyse, semblable à celles faite dans les chapitres précédents, si l'expérience scientifique est présente dans le témoignage d'expert. Nous partons de la prémisse qu'elle y est présente.

Par contre, il ne faut pas cacher le fait que la question de déterminer si l'expérience scientifique peut servir comme mode de détermination des faits est controversée. Or, nous n'allons pas vainement et hypocritement essayer de répondre à cette question, et nous partons de la prémisse que cette question est l'objet d'une controverse. Il semble utile de se concentrer plutôt sur la question des raisons de cette controverse. Dans la première section, nous allons

²⁸⁹ Voir par exemple l'interdiction jurisprudentielle d'introduire l'expérience scientifique par la connaissance d'office (*Cronk v. Canadian General Insurance Co.*, [1995] 25 O.R. (3 d) 505 (Ont.C.A.)).

Néanmoins, l'obligation de passer par la porte de témoignage d'expert ne signifie pas que l'expérience scientifique, après qu'elle est introduite comme témoignage d'expert, ne peut pas servir par le canal des autres moyens de preuve, notamment par le canal de la présomption de fait. Comme d'habitude en droit, la classification des moyens de preuve est plutôt pragmatique que rigoureusement logique. Si la catégorie de la connaissance d'office ou de la présomption de fait a été créée pour distinguer les différentes techniques de preuve, le témoignage d'expert sert plutôt à distinguer les différentes personnes qui font la preuve. Le chevauchement parmi les différents moyens de preuve est ainsi possible.

présenter les facteurs potentiels qui peuvent faire en sorte que l'expérience scientifique comme mode de détermination des faits est si difficilement acceptée dans le procès civil. Dans les deux sections suivantes, nous allons nous pencher sur ces facteurs et sur leurs conséquences d'une manière plus détaillée.

Nous allons porter attention seulement à l'expérience scientifique. Il semble que l'expérience technique soit utilisée de préférence pour l'interprétation du contenu de la norme dans le cas particulier, ce qui n'est pas le thème du présent travail.

En pratique, les essais de l'utilisation de l'expérience scientifique comme mode de détermination des faits se produisent probablement le plus souvent dans le contexte de la recherche du lien causal entre deux événements, prouvés par des éléments de preuve. Dès lors, la majorité de la doctrine et des exemples proviendra de ce domaine.

Section 1. Facteurs potentiels de la controverse

Deux facteurs sont susceptibles d'être la cause de l'accès difficile de l'expérience scientifique dans le procès civil.

La première découle du fait que l'expérience scientifique a été acquise à des fins différentes que la reconstruction de l'événement unique du passé. Ce fait contraste avec la nature de l'expérience profane, qui est dans ce sens universelle et compatible avec les besoins juridiques. La science et le droit doivent s'adapter l'un à l'autre, et comme l'a remarqué L. Khoury, ils « *ne font cependant pas toujours une union heureuse* »²⁹⁰. Ce facteur n'est malheureusement pas abondamment traité par la jurisprudence et la doctrine québécoises. Nous analyserons donc plutôt la doctrine et la jurisprudence américaines, qui ont bien exploré le problème.

²⁹⁰ Lara KHOURY, « L'incertitude scientifique en matière civile et la preuve d'expert », dans Pierre PATENAUE (dir.), *L'interaction entre le droit et les sciences expérimentales : La preuve d'expertise*, Sherbrooke, Ed. Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2001, p. 45, à la page 47.

La seconde cause est liée au fait que ce n'est pas le décideur qui insère l'expérience au procès. C'est une autre personne qui le fait et le décideur, à titre de profane, peut avoir de la difficulté à comprendre cette démarche ou éventuellement discerner s'il s'agit d'une substitution admissible d'un élément de preuve ou non. Ce n'est pas le cas de l'utilisation de l'expérience profane, où le décideur est toujours capable de trancher si son utilisation est correcte ou non. Comme ce facteur est traité d'une manière suffisante par la doctrine et jurisprudence québécoises, nous n'allons pas utiliser les sources étrangères.

Ces facteurs peuvent théoriquement faire en sorte que l'expérience scientifique comme mode de détermination des faits est accueillie avec prudence et avec méfiance. Dans les deux sections suivantes, nous allons traiter les deux facteurs de spécificité de la relation entre le procès civil et l'expérience scientifique et ses conséquences d'une manière plus détaillée.

Section 2. Compatibilité de l'expérience scientifique avec les besoins du procès civil

Le facteur de la compatibilité entre l'expérience scientifique comme mode de détermination des faits et les besoins du procès civil est en effet limité aux cas où l'expérience scientifique sert à la détermination des faits. Il ne joue aucun rôle dans les autres modes de l'utilisation de l'expérience scientifique. Ce problème repose en effet sur la finalité différente du droit et de la science.

Les différents auteurs²⁹¹, en se penchant sur ce point, s'entendent sur le fait que la science cherche à établir une certaine règle générale, utilisable dans l'avenir et démontrée à l'aide de multiples expérimentations standardisées, répétées et vérifiées. La conclusion scientifique finale, suivant les résultats d'expérimentations partielles, a cependant rarement la forme d'un énoncé absolu, sans aucune exception. Souvent, elle prend la forme d'une statistique,

²⁹¹ Par exemple Diane L. DEMERS, « La preuve médicale - une arme à deux tranchants pour le travailleur en matière de maladie professionnelle », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la santé et sécurité au travail*, Cowansville, Éditions Y. Blais, 1992, p. 1, à la page p. 9; D. JUTRAS, loc. cit., note 100, 909; L. KHOURY, loc. cit., note 290, 56; C. D. GONTHIER, loc. cit., note 79, 193-194; MARK PARASCANDOLA, « Evidence and Association: Epistemic Confusion in Toxic Tort Law », (1996) 63 *Philosophy of Science* S168, S170.

d'un pourcentage qui exprime le nombre de fois où un résultat donné est apparu au cours d'une série d'expérimentations. D. Jutras a exprimé cette idée dans le contexte de la recherche du lien causal :

*« Les conclusions scientifiques, en effet, sont la plupart du temps fondées sur une analyse statistique du rapport de cause à effet entre un facteur et une conséquence, en fonction de la probabilité de coïncidence des deux événements ».*²⁹²

En contraste, le procès civil s'intéresse au passé, en cherchant ce qui s'est réellement produit dans un seul cas, le plus souvent loin des conditions standardisées et tout à fait connues comme dans le cas de l'expérimentation scientifique.

Dans cette situation des finalités différentes de droit et de la science, l'expérience scientifique offre au procès civil à la question « qu'est-ce qui s'est passé dans le cas particulier? », la réponse « d'habitude, dans la majorité des cas, tel résultat se produit régulièrement », sans être capable d'ajouter si le cas en l'espèce appartient à la catégorie générale visée par cette affirmation²⁹³.

Par rapport à cette difficulté d'utilisation de l'expérience scientifique comme mode de détermination des faits, la doctrine est divisée en deux courants. Le premier refuse l'utilisation de l'expérience scientifique, exprimée sous forme de calculs de probabilité, comme mode de détermination des faits. Le deuxième courant y est favorable.

A. Adversaires de l'utilisation de l'expérience scientifique

L'un des adversaires de l'utilisation de l'expérience scientifique comme mode de détermination des faits est par exemple R. W. Wright. Celui-ci a classifié les preuves dans le contexte de la preuve du lien de causalité en quatre

²⁹² D. JUTRAS, loc. cit., note 100, 909.

²⁹³ « Even if the generalization were accurate, however, it can have no bearing on whether Janet Valley is among the ten percent who are mentally ill or the ninety percent who are not » (*State v. Valley*, 571 A.2d 579 (1989) ou *McTear v. Imperial Tobacco Limited*, [2005] CSOH 69).

catégories : les preuves particulières, les probabilités causales *ex poste*, les probabilités causales *ex ante* et les simples statistiques²⁹⁴.

Les preuves particulières sont en effet les éléments de preuve. La probabilité *ex poste* signifie la probabilité statistique, calculée uniquement en vertu des éléments de preuve²⁹⁵. La probabilité *ex ante* est une probabilité statistique qui est calculée en vertu de données différentes de celles produites dans le cas particulier comme les éléments de preuve. Elle permet de dire que, dans une situation type, quelque chose survient ou ne survient pas²⁹⁶. Finalement, la simple statistique n'est qu'un ensemble des chiffres n'ayant aucun rapport avec les faits en litige et aucune portée générale²⁹⁷.

La bataille fondamentale est menée sur l'accès de la probabilité *ex ante* dans le procès judiciaire. R. W. Wright affirme qu'à la différence des faits particuliers et de la probabilité *ex poste*, la probabilité *ex ante* n'a pas de place dans le procès. La raison est qu'elle ne dit simplement pas ce qui s'est passé en réalité dans le cas particulier. Son utilité consiste simplement dans la prévision des événements futurs, et non pas dans la reconstruction des événements du passé²⁹⁸. R. W. Wright argumente en réalité par le principe de la reconstruction de l'événement du passé, analysé dans la première partie du présent travail. En ce qui concerne les simples statistiques, celles-ci sont, d'après lui, tout à fait inutiles, parce qu'elles ne peuvent servir ni pour expliquer des événements passés, ni pour prévoir des événements futurs.

M. W. Wright est également contre l'idée de mélanger les statistiques *ex ante* avec les statistiques *ex poste*, y compris l'application du « Théorème du

²⁹⁴ En anglais, « particularistic evidence », « ex post causal probability », « ex ante causal probability » et « naked statistics » (Richard W. WRIGHT, « Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts », (1988) 73 *Iowa L. Rev.* 1001, 1050 et suiv.).

²⁹⁵ Par exemple : « La probabilité de la mort du patient X était 43 % ».

²⁹⁶ Par exemple : « 59 % des patients souffrant d'une maladie meurent dans 3 ans après qu'une maladie est diagnostiquée ».

²⁹⁷ Par exemple : « Pendant six mois dernières, 10 % des patients souffrant d'une maladie sont morts dans un certain hôpital qui n'avait aucun lien avec le cas particulier ».

²⁹⁸ Dans le sens « *It is not proof, nor even probative evidence, of the proposition to be proved. That in one throw of the dice there is a quantitative probability, or greater chance, that a less number of spots than sixes will fall uppermost is no evidence whatever that in a given throw such was the actual result. Without something more, the actual result of the throw would still be utterly unknown* » (Day v. Boston & Maine Railroad, 52 A. 771, 774 (1902)).

Baye »²⁹⁹. D'après lui, il s'agit de « *mélanger les pommes et des oranges* »³⁰⁰, parce que les deux types de données produisent de l'information tout à fait différente qu'il ne faut pas combiner.

B. Partisans de l'utilisation de l'expérience scientifique

Les partisans³⁰¹ de l'utilisation de l'expérience scientifique, exprimée sous la forme de calculs de probabilité, comme mode de détermination des faits mènent leur bataille dans deux directions.

Premièrement, ils objectent qu'il n'y a pas de preuve absolue : toute preuve est essentiellement probabiliste³⁰². En d'autres mots, le résultat de l'ensemble des situations vécues est une statistique, peu importe s'il s'agit de la statistique intuitive qui est le fondement de l'expérience profane ou de la statistique scientifique sur laquelle est basée l'expérience scientifique. Si l'expérience profane, fondée sur la statistique intuitive, est acceptée dans le procès civil, il n'y a pas de raison de refuser l'expérience scientifique qui ne se distingue de l'expérience profane que par sa nature statistique explicite.

Deuxièmement, ils mettent en doute le principe de base du procès civil évoqué au début du présent travail, le principe de la reconstruction de l'événement du passé. Autrement dit, ils soutiennent que, dans les cas où il est difficile ou presque impossible de reconstruire l'événement du passé, il est possible de décider d'après l'expérience scientifique probabiliste. En ce qui concerne l'objection selon laquelle l'expérience scientifique ne dit pas à quelle

²⁹⁹ Le « théorème du Bayes », crée par Thomas Bayes (1702-1761), dit que la probabilité conjointe de deux événements équivaut au produit de la probabilité inconditionnelle d'un des événements et de la probabilité de l'autre événement, conditionné par la survenance du premier événement. Cette théorie a été appliquée au procès par L. H. Tribe (Laurence H. TRIBE, « Trial by mathematics: precision and ritual in the legal process », (1971) 84 *Harv. L. Rev.* 1329).

³⁰⁰ R. W. WRIGHT, loc. cit., note 294, 1061.

³⁰¹ Par exemple Richard A. POSNER, « An Economic Approach to the Law of Evidence », (1999) 51 *Stan. L. Rev.* 1477; Guido CALABRESI, « Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven, Jr. », (1975) 43 *U. Chi. L. Rev.* 69; Mark PARASCANDOLA, « Chances, Individuals and Toxic Torts », (1997) 14 *Journal of Applied Philosophy* 147.

³⁰² « *Most knowledge, and almost all legal evidence, is probabilistic* » (*Depass v. United States*, 721 F.2d 203 (1983), le juge Posner, dissident).

partie de la statistique le cas particulier appartient³⁰³, les partisans de l'utilisation de l'expérience scientifique répondent à l'aide de l'argument des « grands nombres ». Cela signifie qu'ils admettent que, dans le cas particulier, la décision ne correspond pas nécessairement à ce qui s'est vraiment passé mais, si les décideurs respectent l'expérience scientifique dans un grand nombre des décisions, le résultat composé des décisions particulières devrait correspondre à la réalité.

C. Réactions de la jurisprudence

En ce qui concerne les réactions de la jurisprudence aux tentatives d'utiliser l'expérience scientifique sous la forme d'une statistique comme mode de détermination des faits, J. J. Koehler a analysé la jurisprudence américaine avec des résultats intéressants³⁰⁴.

La jurisprudence refuse régulièrement « l'infiltration » de l'expérience scientifique dans le procès lorsqu'elle doute de l'exactitude de la statistique produite³⁰⁵ ou lorsque la statistique scientifique porte sur la fréquence de certains comportements humains dans la société³⁰⁶. Dans ce dernier cas, il s'agit de l'expertise du type « X % des gens qui se comportent d'une manière Y ont le caractère démographique Z que vous avez et alors vous vous êtes comporté d'une manière Y »³⁰⁷. Les décideurs qualifient ce type de statistique comme préjudiciable³⁰⁸.

Par contre, l'expérience scientifique est régulièrement admise en principe dans quatre catégories de cas. Premièrement, ce sont les cas qui ont une structure « statistique ». Ces cas ne sont naturellement pas trop fréquents,

³⁰³ Par exemple si d'après l'expérience scientifique 59 % des patients souffrant d'une maladie ont été infecté par d'une manière X, il n'est pas quand même clair si le patient dans le cas particulier appartient dans le group de 59 % des patients infectés d'une manière X ou dans le group de 41 % des patients infectés par des autres manières.

³⁰⁴ Jonathan J. KOEHLER, « When Do Courts Think Base Statistics Are Relevant? », (2002) 42 *Jurimetrics J.* 373.

³⁰⁵ *People v. Collins*, 66 Cal. Rptr. 497 (1968) (« [...] lacked an adequate foundation both in evidence and statistical theory »).

³⁰⁶ J. J. Koehler appelle cette catégorie « *Guilty persons often share your Traits* ».

³⁰⁷ Par exemple « 80-85 % des cas d'abus d'enfants sont commis par un membre de la famille ».

³⁰⁸ Voir par exemple *State v. Clafin*, 38 Wash. App. 847 (1984) ou *State v. Steward*, 34 Wash. App. 221 (1983).

mais il y a des exceptions parmi lesquelles il est possible de compter par exemple les affaires de discrimination dans l'embauche des travailleurs. Dans ces cas, les tribunaux acceptent régulièrement la preuve sous la forme des statistiques, qui montrent la différence entre le taux d'un groupe social embauché par le défendeur pour un certain travail et le taux du même groupe pour le même type de travail sur tel marché du travail³⁰⁹. Deuxièmement, il s'agit de cas où une partie veut réfuter l'argument voulant qu'un événement se soit produit par hasard. Dans ces situations, les tribunaux acceptent également une statistique montrant quelle est la probabilité de la survenance de l'événement par hasard³¹⁰. Il faut également noter que la preuve de l'improbabilité extrême du hasard n'est jamais la preuve du fait critique du dossier. Troisièmement, les tribunaux sont plus disposés à accepter l'expérience scientifique sous la forme des statistiques si la situation type, traitée par la statistique, est relativement semblable à la situation dans le cas particulier. Autrement dit, plus la statistique est concrète et proche de l'événement particulier, plus la chance que le décideur en tienne compte est grande. Cette catégorie peut également englober des statistiques qui traitent du comportement d'une partie en litige avant la période qui fait l'objet du litige³¹¹. Finalement, la dernière catégorie est constituée de cas où il n'y a pas d'autre preuve que la statistique. Ce sont, par exemple, les jugements concernant le profit futur perdu par une partie qui n'a aucun antécédent commercial³¹² ou les jugements portant sur la responsabilité mesurée par la grandeur d'une part du marché, occupée par le défendeur³¹³ (*market share liability*).

Nous sommes d'accord avec l'opinion de J. J. Koehler selon laquelle, dans une partie non négligeable des décisions, les réactions des tribunaux par rapport aux preuves scientifiques qui tentent de déterminer les faits, sont

³⁰⁹ « *There is no merit to suggestion that statistical evidence is of no probative value in an individuals [...] case* » (*Carey v. Greyhound Lines, Inc.*, 380 F. Supp. 467 (1973)).

³¹⁰ Voir par exemple *State v. Pankow*, 422 N.W. 2d 913 (1988).

³¹¹ Voir par exemple *Kirk Co. v. Ashcraft*, 684 P.2d 1127 (1984).

³¹² Voir par exemple *Plourd v. Southern Pacific Transportation Co.*, 534 P.2d 965 (1975).

³¹³ Voir par exemple *Sindell v. Abbotts Labs*, 163 Cal. Rptr. 132 (1980). Dans cette affaire, la victime a été endommagée par une substance produite par deux producteurs différents dans l'époque concernée. Le demandeur n'était pas capable de dire si la substance qui a endommagé la victime a été produite par l'un ou l'autre producteur. Le tribunal a condamné à payer tous les deux producteurs selon leurs portions respectives du marché qu'ils ont occupées dans le temps de la survenance du dommage.

déterminées par les motifs appartenant au domaine de la morale ou de la politique³¹⁴. Il ne faut pas non plus oublier que les méthodes scientifiques peuvent également être perçues par le décideur comme étant contre son intuition³¹⁵. Si le décideur a l'impression que l'expérience scientifique infirme l'expérience profane, il risque d'en résulter un préjugé négatif qui le conduira à privilégier l'intuition découlant de son expérience profane.

La jurisprudence québécoise a touché cette question dans l'affaire *Laferrière c. Lawson*³¹⁶. Il s'agit d'un cas où le demandeur a réclamé pour l'application de la théorie de la perte de chance. La Cour suprême a pris parti pour la conception classique. Le tribunal cherche à savoir ce qui s'est véritablement produit dans le cas particulier de cet événement passé³¹⁷. Néanmoins, cela ne signifie pas, d'après la Cour suprême, que la preuve statistique soit inadmissible ou sans aucune valeur probante. Ce type de preuve peut être reçu dans le procès, et le juge l'apprécie avec l'ensemble de toutes les preuves soumises, « *c'est-à-dire la preuve factuelle, la preuve statistique et les faits dont le juge peut présumer l'existence* »³¹⁸. En d'autres mots, le « mélange des pommes avec des oranges » auquel s'oppose R. W. Wright est vraisemblablement possible. Si les autres preuves contredisent la preuve statistique, le juge peut cependant décider de l'écarter : « *Une preuve statistique peut être utile à titre indicatif, mais elle n'est pas déterminante* »³¹⁹.

Les finalités différentes du droit et de la science qui se reflètent dans la forme de l'expérience scientifique impliquent que la recevabilité de l'expérience scientifique comme mode de détermination de faits est une question controversée. La question qui est discutée par la doctrine n'est pas « comment » l'expérience peut entrer dans le procès civil (comme dans le cas

³¹⁴ Par exemple, il peut sembler immoral de condamner le défendeur à payer uniquement en vertu de la probabilité *ex ante*. En même temps, le décideur peut considérer comme immoral de ne pas accorder un dédommagement à la victime (voir J. J. KOEHLER, loc. cit., note 304, 20, 43).

³¹⁵ Voir par exemple la combinaison de la probabilité *ex ante* et *ex poste* par l'intermédiaire de l'application de théorème de Baye (Infra, note 299).

³¹⁶ Précité, note 266.

³¹⁷ « [...] les tribunaux du Québec portent leur attention sur le préjudice réel qui est survenu et sur l'avantage réel qui aurait été obtenu » (*Laferrière c. Lawson*, précité, note 266, 591).

³¹⁸ Id., 606.

³¹⁹ Id., 609.

de l'expérience profane), mais « si » l'expérience peut y entrer. Dans ce flottement doctrinal, la jurisprudence réagit d'une manière plus intuitive que logique. L'expérience scientifique est souvent admise dans des cas où le décideur juge que cette admission est moralement justifiée ou souhaitable par rapport au résultat qu'il favorise intuitivement.

Section 3. Dissociation entre la source de l'expérience et le décideur

Au début de ce chapitre, nous avons mentionné deux facteurs qui font en sorte que l'expérience scientifique comme mode de détermination des faits est accueillie avec méfiance dans le procès civil. Après avoir analysé le premier facteur dans la section précédente, nous pouvons procéder à l'analyse du second. Ce facteur consiste en la dissociation entre la source de l'expérience et le décideur. Il est commun à tous les modes de l'utilisation de l'expérience scientifique. Il n'est pas ainsi limité seulement au mode de détermination des faits.

Nous allons analyser les répercussions de ce facteur et nous allons observer comment le droit réagit à ces répercussions. En principe, ce facteur peut être la source de trois répercussions : (i) l'expérience scientifique peut être douteuse et le décideur peut être incapable de le déceler ou (ii) l'expert peut être malhonnête et le décideur peut être également incapable de le déceler (iii) et finalement, il se peut que l'expert et le décideur ne se comprennent pas.

En premier lieu, il y a probablement plusieurs raisons pour que l'expérience soit douteuse. La raison principale peut être liée au fait que l'expérience du scientifique est acquise par une autre voie que par sa propre expérimentation, ce qui peut causer des distorsions considérables par rapport à l'expérience initiale. Le droit réagit au risque de l'expérience douteuse par une tentative de contrôler l'afflux de l'expérience scientifique en limitant les cas où l'expérience peut jouer un rôle. Dans le procès civil, le contrôle est effectué par la voie du critère exprimé par le mot « utile ». L'expérience scientifique peut jouer un rôle seulement lorsqu'elle peut être utile au décideur pour se

prononcer sur le cas particulier. D'après D. Jutras, l'expérience scientifique est utile :

« [...] lorsqu'elle est nécessaire pour permettre au juge de comprendre des faits qui dépassent l'entendement des non-initiés [...]. Cela est particulièrement vrai des situations où le processus causal échappe au sens commun ».³²⁰

Le fait que ce critère soit rempli ne signifie pas que n'importe quelle expérience puisse être acceptée. Le droit tend à construire d'autres ensembles de critères stricts pour éviter que soient présentées des théories fantaisistes. Les plus connus sont les critères américains, le « Frey test », et plus récemment le « Daubert test »³²¹. D'après ces ensembles de critères, le décideur, avant d'accepter l'expérience scientifique, devrait analyser par exemple si l'expérience est largement acceptée dans la communauté scientifique, quel est le risque d'erreur etc.³²².

En deuxième lieu, l'expert peut être malhonnête. Son opinion peut être influencée négativement par le milieu scientifique ou par le milieu judiciaire. N. D. Hesler a décrit avec pertinence la nature du milieu scientifique:

« En effet, les scientifiques ne sont pas neutres. Les scientifiques publient, prennent position et ont intérêt à défendre ces positions, que ce soit pour préserver leur crédibilité, ou pour être constants avec leurs positions passées, ou encore par simple rivalité dans un monde compétitif. Le monde scientifique

³²⁰ JUTRAS, loc. cit., note 100, 899.

³²¹ *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals Inc.*, 509 U.S. 579 (1993).

³²² Par exemple le *Daubert test* a été formulé d'une manière suivante : « [...] (1) a key question to be answered is, ordinarily, whether the theory or technique can be and has been tested; (2) a pertinent consideration is whether the theory or technique has been subjected to peer review and publication, although the fact of publication, or lack thereof, in a peer-reviewed journal is not a dispositive consideration; (3) the court should ordinarily consider the known or potential rate of error of a particular scientific technique; (4) the assessment of reliability permits, but does not require, explicit identification of a relevant scientific community and an express determination of a particular degree of acceptance of the theory or technique within that community, as (a) widespread acceptance can be an important factor in ruling particular evidence admissible, and (b) a known technique that has been able to attract only minimal support within the scientific community may properly be viewed with skepticism; and (5) the inquiry is a flexible one, and the focus must be solely on principles and methodology, not on the conclusions that such principles and methodology generate » (Id.).

est un monde divisé, plein d'écoles de pensées et de factions ». ³²³

L'influence du milieu judiciaire provient du fait que les services d'expert sont retenus et payés par l'une des parties, dans le procès civil, afin de combattre l'autre partie. L'expert devrait être « *en quelque sorte un trait d'union, un interprète entre le juge et les faits* » ³²⁴. En réalité, il a souvent tendance à se comporter comme l'avocat de la partie qui le paye. Le droit réagit en donnant au décideur la possibilité de nommer son « propre » expert, indépendant des parties en litige ³²⁵. Toutefois, ce moyen offert par le *Code de procédure civile* est peu utilisé.

En troisième lieu, lorsque le décideur et l'expert se parlent, le risque de malentendu est relativement grand. Cet énoncé peut être illustré par deux exemples.

Le premier est attaché à la notion de la probabilité. Pour le scientifique, le degré requis pour qu'il déclare un événement probable est à peu près à 95 % de la certitude. En droit civil, le critère de la probabilité est différent. Il suffit que le décideur estime à 51 % les chances que l'événement se produise pour qu'il puisse le déclarer probable ³²⁶. Dès lors, si l'on demande à l'expert de s'exprimer sur la probabilité qu'un événement soit survenu, il peut répondre « non », même si la réponse correcte en droit devrait être « oui ».

Le deuxième exemple est associé à l'utilisation de la statistique scientifique. L'épidémiologie, à laquelle on a souvent en recours dans les dossiers où se pose le problème du lien de causalité médicale, travaille avec la notion de risque relatif (RR). Cette notion exprime la proportion de l'apparition d'une maladie à l'intérieur d'un groupe exposé à une certaine influence et celui

³²³ Nicole Duval HESLER, « L'admissibilité des nouvelles théories scientifiques », (2002) 62 *R. du B.* 359, 379.

³²⁴ C. D. GONTHIER, loc. cit., note 79, 193.

³²⁵ Art. 414 C.p.c.

³²⁶ Voir par exemple Katherine LIPPEL, « L'incertitude des probabilités en droit et en médecine », (1992) 22 *R.D.U.S.* 445, 450 ou D. JUTRAS, loc. cit., note 100, 904.

non exposé³²⁷. Si RR est égal à 1, il n'y a pas différence entre l'apparition de la maladie entre les deux groupes. Si RR est égal à 2, cela signifie que dans le groupe exposé, il y avait le double d'apparition de la maladie en comparaison avec le groupe non exposé. Le facteur RR est ainsi utilisé pour calculer la probabilité scientifique de la cause³²⁸. Si RR est 2, la probabilité causale scientifique est de 50 %. Toutefois, il ne s'agit pas de la probabilité juridique. Le facteur RR exprime uniquement la probabilité scientifique issue des données accumulées. Si le décideur substitue la probabilité scientifique à la probabilité juridique, insistant sur la nécessité d'établir un facteur RR au moins à 2³²⁹, le demandeur ne peut jamais avoir gain de cause, peu importe la force de son dossier concret, si RR est moins grand que 2. Par contre, il réussira toujours, si RR est plus grand que 2³³⁰. Un tel choix, de la part du décideur, serait erroné parce que il remplacerait la probabilité juridique par la probabilité scientifique.

De plus, l'expert peut provoquer le malentendu de façon intentionnelle, comme signale K. Lippel³³¹. Il peut faire en sorte que le décideur soit confondu par les théories contradictoires des experts des parties et qu'il décide par conséquent au détriment du demandeur qui n'a pas prouvé sa prétention. Ce type de risque impose des exigences assez élevées au décideur. D'une part, il n'est pas censé avoir des connaissances scientifiques approfondies mais,

³²⁷ Chris MILLER, « Causation in personal injury: legal or epidemiological common sense? », (2006) 26 *Legal Studies* 544, 550.

³²⁸ $PC = 1 - 1/RR$, où PC est probabilité de la cause et RR le risque relatif (Carl F. CRANOR, « *Regulating Toxic Substances: A Philosophy of Science and the Law* », Oxford, Oxford University Press, 1993).

³²⁹ Voir par exemple l'affaire *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals Inc.* où le décideur s'est exprimé comme suit : « *Plaintiffs must establish not just that their mothers' ingestion of Bendectin increased somewhat the likelihood of birth defects, but that it more than doubled it - only then can it be said that Bendectin is more likely than not the source of their injury* » (*Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals Inc.*, précité, note 321).

³³⁰ M. PARASCANDOLA, loc. cit., note 291, S173.

³³¹ « [...] une équipe médico-légale qui, en 1994, avait remporté une série de succès sur la base de cette argumentation, a participé à un colloque organisé par la Société canadienne des postes où plusieurs centaines d'avocats ont appris comment contester avec succès des réclamations pour des maladies musculo-squelettiques. La clef du succès passait par la médicalisation des débats, et l'analyse de la jurisprudence subséquente nous permet de croire que cette stratégie a eu certain succès, particulièrement dans les dossier de femmes » (Katherine LIPPEL, « Droit et statistiques : réflexions méthodologiques sur la discrimination systémique dans le domaine de l'indemnisation pour les lésions professionnelles », (2002) 14 *R.F.D.* 362, 381).

d'autre part, il devrait être capable de comprendre ce qui lui est communiqué et éventuellement discerner les cas où l'expert cherche à le manipuler.

Outre les leviers juridiques susmentionnés dont le décideur dispose pour trier l'expérience scientifique, il en existe un autre, encore plus puissant. Il s'agit du principe selon lequel le décideur n'est pas lié par l'expérience scientifique³³². Il lui est loisible d'écarter les conclusions de l'expert, à condition qu'il y ait d'autres preuves sur lesquelles il peut appuyer sa décision et qu'il soit capable de formuler les raisons pour lesquelles il n'a pas retenu les conclusions scientifiques. L. Khoury a exprimé la raison d'être de cette idée dans les mots suivants :

*« Bref, la Cour doit rendre, non pas une opinion scientifique, mais un "diagnostic légal" basé sur le bon sens. Ce "bon sens" doit être celui, non initié, du juge qui a l'obligation de faire reposer son analyse non seulement sur les données scientifiques, mais, également, sur l'ensemble de la preuve. Cette approche, couplée à l'autonomie du juge, peut mener les tribunaux vers des conclusions pouvant être considérées comme scientifiquement incorrectes, bien que parfaitement défendables juridiquement [...] l'analyse du tribunal ne doit pas être basée sur des calculs scientifiques ou mathématiques, mais plutôt sur le bon sens du juge. Ce bon sens trouve évidemment appui sur la preuve scientifique, mais également sur l'ensemble de la preuve, incluant la preuve profane ».*³³³

Dès lors, étant donné que le champ de l'utilisation de l'expérience profane est plus large, l'expérience profane peut supplanter l'expérience scientifique dans le procès civil.

En ce qui concerne la possibilité de réviser les conclusions du décideur portant sur l'admissibilité ou la force probante de l'expérience scientifique produite lors du procès civil, cette question ne cache pas de surprise. L'expérience scientifique est assujettie à la règle générale portant sur

³³² Supra, note 109.

³³³ L. KHOURY, loc. cit., note 290, 55, 73. Voir aussi Gérard CORNU, « Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve : Xe colloque des instituts d'études judiciaires, Poitiers, 26-28 mai 1975 », 1ère éd., Paris, Presses universitaires de France, 1976, p. 111 (« Le juge est réputé avoir, dans tous les litiges relevant de sa compétence juridictionnelle, une connaissance globale et universelle du fait. [...] La connaissance du technicien est au contraire gouvernée, [...], par le principe de spécialité »).

l'intervention dans le domaine des faits par le décideur en appel. Cette règle générale impose que le décideur en appel « s'abstienne d'intervenir à cet égard à moins d'une erreur manifeste, claire et dominante de sa part »³³⁴. La jurisprudence a considéré l'erreur comme manifeste ou « palpable »³³⁵ dans les affaires où le juge, par exemple, a appuyé son raisonnement sur l'expérience scientifique dont l'application n'était pas basée sur les faits prouvés³³⁶, où le juge a écarté l'expérience scientifique sans donner les motifs pour lesquels cette expérience ne convient pas aux exigences de droit³³⁷, où le raisonnement du juge a été entaché par une contradiction évidente³³⁸. Ainsi la possibilité de révision n'est pas tout à fait exclue. Elle est cependant limitée à des cas qui ne sont probablement pas trop fréquents.

Le problème de la dissociation entre la source de l'expérience et le décideur ne semble pas être fatal pour la reconnaissance de l'expérience scientifique comme mode de détermination des faits. En résolvant ce problème, la question que le droit se pose n'est pas « si » l'expérience scientifique peut être reconnue, mais « comment » elle peut l'être. Le droit a réussi à mettre au point plusieurs approches pour éliminer les risques découlant du fait que ce n'est pas le décideur qui insère l'expérience scientifique dans le procès. Toutefois, ces approches ne combleront jamais d'une manière parfaite un

³³⁴ *Compagnie d'assurance-vie de la Pennsylvanie c. English*, [1998] R.R.A. 947, 951 (C.A.).

³³⁵ *Laurentide Motels c. Ville de Beauport*, précité, note 91.

³³⁶ « Une Cour d'appel doit hésiter avant de modifier une conclusion d'un juge de première instance. Je crois qu'en l'espèce nous sommes justifiés de le faire. Le juge de première instance devait vérifier si le fondement factuel sur lequel reposait l'hypothèse de l'expert avait été prouvé » (*Montréal Pipe Line Co. c. Pétrol-Canada inc.*, [1997] R.R.A. 690, par. 49, 50 (C.A.)), la même chose dans *Wire Rope c. B.C. Marine et autre*, [1981] 1 R.C.S. 363, 384).

³³⁷ « La jurisprudence établit que lorsque les experts ont des opinions contradictoires, l'on doit prendre en compte la preuve profane pour déterminer si elle favorise l'une ou l'autre des thèses. En l'espèce, le premier juge, confronté par des thèses contradictoires parce qu'il ne s'estimait pas en mesure de trancher, écarte les opinions des experts pour s'appuyer sur la preuve profane. Cependant, avec égards, il aurait pu évaluer, possiblement avec l'aide du témoignage des profanes, le bien-fondé des opinions avancées par les experts sur certains aspects importants du litige. Je ne vois pas pourquoi on se priverait d'un témoignage d'expert qui, par exemple, n'est pas contredit ou sérieusement contesté lorsque, comme en l'espèce, il n'y a pas d'accroc sur sa crédibilité » (*Placements D.P.C. inc. c. Gagnon-Bolduc*, [2001] R.R.A. 313, par. 33 (C.A.)).

³³⁸ « Avec égards pour l'opinion du premier juge, je crois que c'est à tort qu'il s'est fié à l'opinion des médecins de l'intimé alors qu'il venait de conclure que ce dernier leur avait menti. En clair, avec la preuve au dossier, il ne pouvait pas à la fois se fier à l'avis des médecins de l'intimé, y compris à celui du Dr. Savary, et conclure que l'intimé leur avait menti » (*Compagnie d'assurance-vie de la Pennsylvanie c. English*, précité, note 334, 951, 952).

abîme entre le décideur qui doit se prononcer, même s'il maîtrise mal la problématique scientifique du cas, et l'expert qui ne peut pas décider, même s'il connaît l'essentiel de cette problématique, à moins que l'expert ne devienne lui-même décideur, comme dans le modèle retenu au Tribunal administratif du Québec.

Conclusion du troisième chapitre

En essayant d'éclairer la cause de la controverse portant sur la reconnaissance de l'expérience scientifique à titre de mode de détermination des faits, nous avons analysé deux facteurs qui caractérisent la nature spéciale de la relation entre le droit et la science. Le premier était la différence dans les finalités du droit et de la science, qui a pour conséquence que l'expérience scientifique prend souvent la forme d'une statistique. Le deuxième facteur était la dissociation entre la source de l'expérience et le décideur. Ce dernier, n'étant pas limité seulement aux situations où l'expérience scientifique sert à la détermination des faits, ne semble pas être la racine de cette controverse. Le fait que le décideur n'ait pas les connaissances nécessaires pour trancher l'affaire n'est pas une raison pour rejeter complètement l'apport de la connaissance par l'expert. Le droit fixe seulement les critères pour l'importation de cette connaissance manquante. Par contre, le facteur lié à la forme de l'expérience scientifique, comme les statistiques, semble davantage au cœur de cette controverse parce qu'il déroge directement au principe de la reconstruction de l'événement passé. Néanmoins, nous avons vu que l'expérience profane dérogeait au principe de la reconstruction de l'événement du passé de la même manière et pourtant elle est, en principe, acceptée dans procès civil. Or, il semble qu'une réponse rationnelle et logique soit présentement introuvable.

CONCLUSION

Au début de notre travail, nous avons assumé la tâche d'analyser l'une des deux routes qui mènent à la détermination des faits dans le procès civil, soit celle de l'expérience en tant que voie supplémentaire à celle des éléments de preuve. Nous nous sommes intéressés aux raisons théoriques pour lesquelles cette méthode est si controversée et au bien-fondé de ces raisons. Nous avons également analysé les types particuliers de l'expérience, ainsi que les raisons pour lesquelles l'expérience est, malgré les réserves théoriques, néanmoins utilisée dans le procès civil. Ensuite, nous nous sommes posé la question portant sur l'identité des instruments juridiques qui peuvent être utilisés pour l'infiltration de l'expérience dans le procès civil, sur les critères et les formes d'accès ainsi que sur les raisons pour lesquelles l'entrée de l'expérience scientifique comme mode de détermination des faits est une question controversée.

Nous avons constaté qu'il y a trois principes procéduraux qui font en sorte que l'expérience comme mode de détermination des faits est perçue comme un « mouton noir » dans le milieu du procès judiciaire. Ce sont le principe de la reconstruction de l'événement du passé, celui de l'abstraction des connaissances acquises hors du procès et celui de l'exclusion de la preuve par oui-dire. L'analyse plus détaillée a démontré que l'obstacle le plus difficile à franchir est le premier principe, celui de la reconstruction de l'événement du passé. Il est en effet un trait de la définition du procès judiciaire en général. Il faut toutefois ajouter que même ce principe fondamental n'est pas pensable sans l'utilisation de l'expérience, qui ne sert pas cependant à la détermination des faits mais à leur appréciation. Le principe de l'abstraction des connaissances acquises hors du procès s'est révélé par contre comme relativement peu solide. Il n'est qu'une dérivation assez éloignée du principe de la neutralité du décideur. En outre, son application était l'objet de grandes discussions en Europe médiévale et, même à notre époque, des techniques de solution des litiges se réalisent en y dérogeant. Le troisième principe portant sur la preuve de oui-dire est appliqué seulement dans les ordres juridiques basés ou influencés par la *common law* et non dans les ordres

juridiques du droit continental. La barrière des principes procéduraux, qui est censée empêcher l'utilisation de l'expérience comme mode de détermination des faits dans le procès civil, n'est pas ainsi si étanche que l'on pourrait en juger au premier coup d'œil. Toutefois, elle existe.

En ce qui concerne l'expérience elle-même, elle peut être divisée en deux catégories : l'expérience profane et l'expérience scientifique. L'expérience profane est pour sa part divisible en bon sens et sens commun. Le premier représente une certaine connaissance généralisée, induite des situations vécues par la personne qui l'applique. Le sens commun est une connaissance répandue dans la société qui peut être basée sur des situations vécues par ses membres, mais aussi sur les mythes ou préjugés. Ces deux éléments de l'expérience profane peuvent s'imbriquer l'un dans l'autre.

Les champs de l'utilisation de l'expérience profane dans le procès civil sont plus nombreux que ceux de l'expérience scientifique. L'expérience profane peut servir de mode de détermination des faits ainsi que de mode de leur appréciation (y compris la possibilité d'appréciation de la crédibilité et de la force probante des éléments de preuve). En ce qui concerne l'expérience scientifique, dans la majorité des cas, elle ne sert qu'à l'appréciation de la force probante des preuves. Son utilisation est très limitée dans le champ d'appréciation de la crédibilité des éléments de preuve et son utilisation comme mode de détermination des faits est l'objet d'une controverse.

L'application de l'expérience profane ainsi que de l'expérience scientifique comme mode de détermination des faits dans le procès civil est en contradiction avec le principe de la reconstruction de l'événement du passé. L'expérience profane déroge en plus au principe de l'abstraction des connaissances acquises hors du procès et l'expérience scientifique déroge au principe de l'exclusion de la preuve par oui-dire.

Même si chaque catégorie de l'expérience est en contradiction avec deux des trois principes procéduraux analysés, l'expérience comme mode de détermination des faits est néanmoins souvent utilisée. En principe, les raisons

de cet état de choses sont de deux ordres: (i) l'opportunité d'utilisation comme un « péché » acceptable dans la situation des faits banals ou évidents, (ii) la nécessité du recours à l'expérience lorsque les éléments de preuve n'existent pas ou qu'ils sont presque introuvables.

En ce qui concerne l'analyse des instruments juridiques qui peuvent servir comme les « passeurs » de l'expérience dans le procès civil, ses résultats sont quelque peu surprenants.

Bien que la connaissance d'office soit un important passeur de l'expérience dans le procès civil, celle-ci est probablement importée en quasi-totalité pour apprécier les faits et non pour déterminer les faits. L'expérience qui sert à la détermination des faits peut être considérée comme la connaissance d'office seulement dans les cas exceptionnels.

La connaissance d'office se situe dans le domaine de l'expérience profane. Les critères qui devraient être remplis pour que l'expérience puisse jouer un rôle dans le procès civil comme connaissance d'office ne sont pas tout à fait clairs. L'utilisation de l'expérience profane dans le cadre de la connaissance d'office (incluant l'évaluation de l'application des critères, la forme du processus d'insertion de l'expérience dans le procès et aussi la possibilité de sa réfutation) se trouve dans le domaine de la libre discrétion du décideur. Cette solution produit certains risques pour la détermination correcte des faits; néanmoins, l'autre solution qui lierait l'utilisation de l'expérience profane à une réglementation stricte et détaillée pourrait menacer le fonctionnement de la connaissance d'office comme telle. La solution choisie s'avère ainsi acceptable.

En ce qui concerne l'analyse de la présomption de fait, cet instrument est apparu comme le « vaisseau amiral » pour importer l'expérience dans la détermination des faits. En effet, l'expérience est la substance même de la présomption de fait.

Celle-ci peut être remplie par l'expérience profane ainsi que par l'expérience scientifique. Les critères permettant de décider si l'expérience peut entrer dans la présomption de fait sont plus clairs que dans le cas de la connaissance d'office; toutefois, les opinions sur leur nature sont différentes. D'après la conception française, l'appréciation des critères dans le cas particulier est une question de fait; d'après la conception québécoise, il s'agit d'une question de droit. Cette différence se reflète par conséquent dans la possibilité de réfutation de l'expérience ainsi insérée. Le processus de l'insertion de l'expérience est le même que celui qui est utilisé dans le cas de la connaissance d'office. Les risques pour la détermination correcte des faits liés à cette approche sont par rapport à la connaissance d'office moins élevés parce que l'insertion de l'expérience devrait être fermement attachée aux éléments de preuve déjà produits.

La présomption de fait offre aussi un bon exemple d'un phénomène que nous avons appelé la pétrification de l'expérience. Cela signifie que l'expérience, une fois insérée dans le procès civil, a tendance à devenir, par la voie de la jurisprudence, une partie du droit et quitter le domaine des faits. Par conséquent, elle n'est plus assujettie à la vérification dans les cas subséquents si elle remplit les critères prescrits pour son importation dans le droit. Ce facteur peut avoir des répercussions négatives quant à la détermination des faits, en ce sens que cette expérience peut cesser de représenter la réalité, qui est en changement continu.

Finalement, nous avons porté notre attention sur témoignage de l'expert, à savoir les raisons pour lesquelles l'utilisation de l'expérience scientifique comme mode de détermination des faits est une question controversée. Nous avons analysé deux causes possibles. La première était la dissociation entre le décideur et la source de l'expérience. Ce facteur n'est probablement pas la raison principale de la controverse. Le deuxième facteur part de la différence entre les finalités du droit et de la science. Cette différence fait en sorte que l'expérience scientifique offerte au droit a la forme d'une statistique qui ne dit pas ce qui s'est véritablement passé dans un cas particulier. Ce facteur est probablement la cause de l'approche méfiante du

procès civil par rapport à l'expérience scientifique fonctionnant comme mode de détermination des faits. Toutefois, cette hypothèse peut être mise en doute par l'argument voulant que l'expérience profane ait le même caractère et qu'elle soit néanmoins acceptée comme mode de détermination de fait. La cause du refus se trouve ainsi plutôt au niveau émotionnel, détaché d'un fondement strictement rationnel.

Les résultats de l'analyse effectuée peuvent être influencés par un certain écart maintenu par la théorie du procès civil. Cet écart a pour résultat que l'utilisation de l'expérience comme mode supplétif de déterminations des faits par rapport aux éléments de preuve, prend souvent une forme implicite. Bref, tout le monde l'utilise, mais personne n'en parle. En l'appliquant, les décideurs ne décrivent pas ces processus dans leurs décisions. Puisque le chercheur, comme l'auteur du présent travail, ne peut pas voir à l'intérieur de la tête des décideurs (il est limité au contenu des leurs jugements écrits où l'utilisation de ce mode est rarement mentionné), les résultats d'une telle analyse ont forcément des limites. L'élimination de ce risque exigerait l'application de méthodes empiriques, comme par exemple les questionnaires distribués aux décideurs qui n'étaient cependant pas disponibles aux fins du présent travail.

Finalement, nous pouvons risquer une projection portant sur le rôle de l'expérience comme mode de détermination des faits dans le procès judiciaire de l'avenir. On peut croire que son rôle s'accroîtra, et ce, pour deux raisons. Premièrement, le droit en général s'étend à des domaines où il n'était jamais actif. Nous pouvons mentionner, à titre d'exemple, le procès de droit constitutionnel, qui est depuis récemment appelé à donner des réponses à des questions jusqu'à présent jamais posées dans la salle d'audience. Les éléments de preuve ne sont pas produits ou n'existent pas dans la nature des choses. Il ne reste que l'expérience à titre de guide du décideur. Deuxièmement, le procès judiciaire est de plus en plus « scientifié ». La science a tendance à occuper de plus en plus d'espace dans le procès judiciaire. Il n'y a aucune raison de croire que le domaine controversé de la détermination des faits par l'utilisation de l'expérience scientifique, ne connaîtra pas la même croissance.

Il y a lieu de conclure que l'utilisation de l'expérience comme mode de détermination des faits dans le procès civil est un phénomène qui devrait davantage retenir l'attention des juristes dans l'avenir.

SOURCES DOCUMENTAIRES**Table des jugements***Jurisprudence canadienne*

a) Décisions de la Cour suprême du Canada

- Arndt c. Smith*, [1997] 2 R.C.S. 539
Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets), [2002] 4 R.C.S. 45
Kanec c. Conseil d'administration de l'Université de la Colombie Britannique, [1980] 1 R.C.S. 1105
Laferrière c. Lawson, [1991] 1 R.C.S. 541
Laurentide Motels c. Beauport (Ville), [1989] 1 R.C.S. 705
McKinney c. Université de Guelph, [1990] 3 R.C.S. 229
Morin c. Blais, [1977] 1 R.C.S. 570
Parent c. Lapointe, [1951] 1 R.C.S. 376
Pratte v. Voisard, [1918] 57 S.C.R. 184
R. c. Abbey, [1982] 2 R.C.S. 24
R. c. Béland, [1987] 2 R.C.S. 398
R. c. Butler, [1992] 1 R.C.S. 452
R. c. D.D., [2000] 2 R.C.S. 275
R. c. Graat, [1982] 2 R.C.S. 819
R. c. Graham, [1974] R.C.S. 206
R. c. Kowlyk, [1988] 2 R.C.S. 58
R. c. Lavallé, [1990] 1 R.C.S. 852
R. c. Mohan, [1994] 2 R.C.S. 9
R. c. Sharpe, [2001] 1 R.C.S. 45
R. c. S. (R.D.), [1997] 3 R.C.S. 484
Reibl c. Hughes, [1980] 2 R.C.S. 880
Roberge c. Bolduc, [1991] 1 R.C.S. 374
Snell c. Farrell, [1990] 2 R.C.S. 311
St-Jean c. Mercier, [2002] 1 R.C.S. 491
St-Pierre c. Tanguay, [1959] R.C.S. 21
Trans-Canada Shoe Ltée c. Travelers Indemnity Corp., [1976] 2 R.C.S. 46

Wire Rope c. B.C. Marine et autre, [1981] 1 R.C.S. 363
Willick c. Willick, [1994] 3 R.C.S. 670
Zurich Insurance Co. c. Ontario (Commission des droits de la personne),
 [1992] 2 R.C.S. 321

b) Décisions des cours québécoises

American Home Assurance Co. c. Auberge des pins, Inc., [1990] R.R.A 152
 (C.A.)
Bouchard c. Villeneuve, [1996] R.J.Q. 1921 (C.S.)
Cadioux c. Service de gaz naturel Laval inc., [1991] R.J.Q. 2490 (C.A.)
Charpentier c. Compagnie d'assurances Standard Life, [2001] R.R.A. 573
 (C.A.)
C.H. c. D.L., [2001] R.D.F. 82 (C.S.)
Compagnie d'assurance-vie de la Pennsylvanie c. English, [1998] R.R.A. 947
 (C.A.)
Duguet c. Tessier, J.E. 98-643 (C.Q.)
G. (L.) c. R. (D.), REJB 1997-03597 (C.S.)
Garantie (La), Cie D'assurance de l'Amérique du Nord c. Massicotte, [1988]
 R.R.A. 16 (C.A.)
Gatineau (Ville) c. Thibeault, REJB 1998-09022 (C.M.)
Guénette c. Bélanger, [1998] A.Q. no 1864 (C.S.)
Kiley-Nikkel c. Danais, [1992] R.J.Q. 2821 (C.S.)
Larkin c. Gauthier, [1963] B.R. 544 (C.A.)
Létourneau c. R., [1965] B.R. 77 (C.A.)
Longpré c. Thériault, [1979] C.A. 258 (C.A.)
Longueuil (Ville de) c. Houle, J.E. 2003-1209 (C.M.)
Montréal Pipe Line Co. c. Pétrol-Canada inc., [1997] R.R.A. 690 (C.A.)
Parenteau c. Drolet, [1994] R.J.Q. 689 (C.A.)
Pelletier c. Roberge, [1991] R.R.A. 726 (C.A.)
Petro-Canada c. Mobaie Construction inc., J.E. 2003-437 (C.A.)
Placements D.P.C. inc. c. Gagnon-Bolduc, [2001] R.R.A. 313 (C.A.)
RCA Ltée c. Lumbermen's Mutual Insurance Company Co., [1984] R.D.J. 523
 (C.A.)
Roussy c. Agence de garde Sous le bon toit inc., [2001] R.R.A. 522 (C.Q.)
St-Jean c. Mercier, [1999] R.J.Q. 1658 (C.A.)
Toronto Dominion Bank c. Kahn, [1997] R.R.A. 50 (C.A.)

Tousignant c. Commission des affaires sociales, [1984] C.S. 842 (C.S.)

c) Décisions des cours des autres provinces

Cronk v. Canadian General Insurance Co., [1995] 25 O.R. (3d) 505 (Ont. C.A.)

Forrest v. Davidson (1951), 4 W.W.R. 273 (Sask. C.A.)

R. v. Dickson, [1973] 5 N.S.R. (2d) 240 (NS C.A.)

R. v. Dubrule (1978), 14 A.R. 554 (Alta. Dist. Ct.)

R. v. Eagles (1977), 31 C.C.C. (2d) 417 (ONHCJ)

R. v. Potts, [1982] 26 C.R. (3d) 252 (Ont. C.A.)

R. v. Zundel (1987), 31 C.C.C. (3d) 97 (Ont. C.A.)

Jurisprudence américaine

Carey v. Greyhound Lines, Inc., 380 F. Supp. 467 (1973)

Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals Inc., 509 U.S. 579 (1993)

Day v. Boston & Maine Railroad, 52 A. 771 (1902)

Depass v. United States, 721 F.2d 203 (1983)

Frye v. U.S., 293 F. 1013 (1923)

Kirk Co. v. Ashcraft, 684 P.2d 1127 (1984)

Oncale v. Sundowner Offshore Services, Inc., 523 U.S. 75 (1998)

People v. Collins, 66 Cal. Rptr. 497 (1968)

People v. King, 72 Cal. Rptr. 478 (1968)

Plourd v. Southern Pacific Transportation Co., 534 P.2d 965 (1975)

Sindell v. Abbotts Labs, 163 Cal. Rptr. 132 (1980)

State v. Claflin, 38 Wash. App. 847 (1984)

State v. Pankow, 422 N.W. 2d 913 (1988)

State v. Steward, 34 Wash. App. 221 (1983)

State v. Valley, 571 A.2d 579 (1989)

U.S. v. Addison, 498 F. 2d 741 (1974)

Jurisprudence anglaise

Alphacell Ltd. v. Woodward, [1972] 2 All E.R. 475

Bater v. Bater, [1950] 2 All E.R. 458

Folkes v. Chadd, [1782] 3 Doug. K.B. 157

Leyland Shipping Company v. Norwich Union Fire Insurance Society, [1918] A.C. 350

McQuaker v. Goddard, [1940] 1 K.B. 687

McTear v. Imperial Tobacco Limited, [2005] CSOH 69

The King v. Sussex Justices, [1924] 1 K.B. 256

Jurisprudence française

Cass. soc. 19 juin 1947 G. P. 47. 2. 84

Civ. 2^e, 1^{er} févr. 1978 : Bull. civ. II, n° 31

Bibliographie

Monographies, recueils et rapports

- ANTAKI, N., « *Le règlement amiable des litiges* », Cowansville, Éditions Y. Blais, 1998
- BARRAINE, R., « *Théorie générale des présomptions en droit privé* », Paris, L.G.D.J., 1942
- BAUDOIN, J.-L. et DESLAURIERS, P., « *La responsabilité civile* », 5^e éd., Cowansville, Éditions Y. Blais, 1998
- BOURRY D'ANTIN, M., BENSIMON, S. et PLUYETTE, G., « *Art et techniques de la médiation* », Paris, Litec, 2004
- BERGEL, J.-L., « *Théorie générale du droit* », 2^e éd., coll. « Méthodes du droit », Paris, Dalloz, 1989
- BOURRY D'ANTIN, M., BENSIMON, S. et PLUYETTE, G., « *Art et techniques de la médiation* », Paris, Litec, 2004
- CARBASSE, J.-M., « Le juge entre la loi et la justice : approches médiévales », dans CARBASSE, J.-M. et DEPAMBOUR-TARRIDE, L. (dir.), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, Presses Universitaires de France, 1999, p. 67
- CARBASSE, J.-M. et DEPAMBOUR-TARRIDE, L., « Présentation », dans CARBASSE, J.-M. et DEPAMBOUR-TARRIDE, L. (dir.), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, Presses Universitaires de France, 1999, p. 7
- CLAM, J., « *Droit et société dans la sociologie de Niklas Luhmann : fondés en contingence* », Paris, Presses universitaires de France, 1997
- CORNU, G., « *Les rôles respectifs du juge et du technicien dans l'administration de la preuve : Xe colloque des instituts d'études judiciaires, Poitiers, 26-28 mai 1975* », 1^{ère} éd., Paris, Presses universitaires de France, 1976
- CÔTÉ, P.-A., « *Interprétation des lois* », 3^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1999
- CRANOR, C. F., « *Regulating Toxic Substances: A Philosophy of Science and the Law* », Oxford, Oxford University Press, 1993
- CROSS, R. et TAPPER, C., « *Cross on evidence* », 6^e éd., London, Butterworths, 1985
- DABIN, J., « *Théorie générale du droit* », 3^e éd., Paris, Dalloz, 1969
- DAVIS, K. C., « *Administrative law text* », 3^e éd., St-Paul., West Pub. Co., 1972
- DECOTTIGNIES, R., « *Les présomptions en droit privé* », Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1950

- DELISLE, R. J., « *Evidence : principles and problems* », 5^e éd., Scarborough, Carswell, 1999
- DEMERS, D. L., « La preuve médicale - une arme à deux tranchants pour le travailleur en matière de maladie professionnelle », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la santé et sécurité au travail*, Cowansville, Éditions Y. Blais, 1992, p. 1
- DESCARTES, R., « *Discours de la méthode; suivi des Médiations* », Paris, Union générale d'éditions, 1963
- DUCHARME, L., « *Précis de la preuve* », 6^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2005
- FORTIN, J., « *Preuve pénale* », Montréal, Éditions Thémis, 1984
- FOUCAULT, M., « Les mots et les choses : une archéologie des sciences humaines », coll. « Bibliothèque des sciences humaines », Paris, Gallimard, 1966
- HENRY, X., JACOB, F., TISSERAND-MARTIN, A., VENANDET, G. et WIEDERKEHR, G., « *Méga Code civil* », 6^e éd., Paris, Dalloz, 2005
- KUNDERA, M., « *Nesmrtelnost* », 1^e éd., Brno, Atlantis, 1993
- « *La preuve au Canada : Rapport du Groupe de travail fédéral-provincial sur l'uniformisation des règles de preuve* », Cowansville, Editions Y. Blais, 1983
- LAROMBIÈRE, L., « *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres III et IV, livre III du code civil, art. 1101 à 1386* », t. 7, Paris, Durand et Pédone-Lauriel, 1885
- LEMOSSÉ, M., « *Cognitio: étude sur le rôle du juge dans l'instruction du procès civil antique* », Paris, A. Legot, 1944
- LLORENS-FRAYSSE, F., « *La présomption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité* », Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1985
- LYOTARD, J.-F., « *Rapport sur les problèmes du savoir dans les sociétés industrielles les plus développées* », Québec, Conseil des universités, 1979
- MACUR, J., « *Postmodernismus a zjišťování skutkového stavu v civilním soudním řízení* », Brno, Masarykova univerzita, 2001
- MARTY, G. et RAYNAUD, P., « *Introduction générale à l'étude du droit* », 2^e éd., t. 1, Paris, Sirey, 1972
- MOZOS-TOUYA, J.-J. d. l., « Le juge romain à l'époque classique », dans CARBASSE, J.-M. et DEPAMBOUR-TARRIDE, L. (dir.), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, Presses Universitaires de France, 1999, p. 49
- NADEAU, A. et DUCHARME, L., « *Traité de droit civil du Québec* », t. 9, Montréal, Wilson & Lafleur, 1965
- National Conference of State Trial Judges (États-Unis), National Judicial College (États-Unis) et American Bar Association, « *The judge's book* », 2^e éd., Chicago, American Bar Association; National Judicial College, 1994

- PADOA-SCHIOPPA, A., « Sur la conscience du juge dans le ius commune européen », dans CARBASSE, J.-M. et DEPAMBOUR-TARRIDE, L. (dir.), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, Presses Universitaires de France, 1999, p. 95
- PENNEAU, J., « *La responsabilité du médecin* », 3^e éd., Paris, Dalloz, 2004
- PENNEAU, J., « *La responsabilité médicale* », Paris, Éditions Sirey, 1977
- PERELMAN, C. et FORIERS, P., « *Les présomptions et les fictions en droit* », Bruxelles, E. Bruylant, 1974
- PINARD, D., « Le domaine de la connaissance d'office des faits », *Actes de la XVI^e Conférence des juristes de l'État*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2004, p. 351
- PLANIOL, M. et RIPERT, G., « *Traité élémentaire de droit civil : conforme au programme officiel des facultés de droit* », 10^e éd., t. 2, Paris, Libraire général de droit & de jurisprudence, 1925
- PLANIOL, M. et RIPERT, G., « *Traité pratique de droit civil français* », 2^e éd., t. 7, Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1952
- POLLOCK, F. et MAITLAND, F. W., « *The History of English Law, before the time of Edward I* », 2^e éd., t. 2, Cambridge, University Press, 1898
- PRÜTTING, H., « *Gegenwartsprobleme der Beweislast* », Köln, C.H. Beck Verlag, 1983
- RIPERT, G. et BOULANGER, J., « *Traité de droit civil, d'après le traité de Planiol* », Paris, Librairie générale de Droit et de Jurisprudence, 1956
- ROCHER, G., « La problématique des rapports entre le droit et les sciences », dans PATENAUDE, P. (dir.), *L'interaction entre le droit et les sciences expérimentales : La preuve d'expertise*, Sherbrooke, Éditions Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2001, p. 1
- ROYER, J.-C., « *La preuve civile* », 3^e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2003
- SANTOS, B. d. S., « *Vers un nouveau sens commun juridique : droit, science et politique dans la transition paradigmatique* », Paris, LGDJ, 2004
- SICARD, J., « *La preuve en justice d'après la réforme judiciaire* », Paris, Librairie du Journal des notaires et des avocats, 1960
- SOPINKA, J., LEDERMAN, S. N. et BRYANT, A. W., « *The law of evidence in Canada* », Toronto, Butterworths, 1992
- STEWART, H., « *Evidence : A Canadian casebook* », Toronto, Emond Montgomery Publications, 2002
- THAYER, J. B., « *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law* », Boston, Little, Brown and Company, 1898
- TOURNIER, C., « *L'intime conviction du juge* », Aix-en-Provence, Presses Universitaires D'Aix-Marseille, 2003
- VINEY, G., « L'originalité du régime d'indemnisation des risques sanitaires en droit français », dans DUBUISSON, B., DELVAUX, P.-H., DE RODE, H.,

PHILIPPE, D., SCHAMPS, G. et WÉRY, P. (dir.), *Mélanges offerts à Marcel Fontaine*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 851

WIGMORE, J. H., « *A treatise on the Anglo-American system of evidence in trials at Common Law including the statutes and judicial decisions of all jurisdictions of the United States and Canada* », 3^e éd., t. 5, Boston, Little Brown, 1940

Articles de revue

ABBELL, M., « Polygraph Evidence: The Case against Admissibility in Federal Criminal Trials », (1977) 15 *Am. Crim. L.R.* 29

Anonyme, « Informed Consent - A Proposed Standard for Medical Disclosure », (1973) 48 *N.Y.U.L. Rev.* 548

BALKIN, J. M. et LEVINSON, S. V., « Law and the Humanities: An Uneasy Relationship », (2006) 18 *Y.J.L.H.* 155

BELLEMARE, D. A., « L'identification d'un accusé par ses vocogrammes », (1978) 56 *R. du B. can.* 440

BERGSON, H., « *Le rire : essai sur la signification du comique* » (le 2 mai 2007), en ligne: UQAC <http://classiques.uqac.ca/classiques/bergson_henri/le_rire/Bergson_le_rire.doc>

BORÉ, J., « L'indemnisation pour les chances perdues: une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable », *J.C.P.* 1974 I. 2620

CALABRESI, G., « Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven, Jr. », (1975) 43 *U. Chi. L. Rev.* 69

CARFANTAN, S., « *Philosophie et spiritualité* » (le 5 mai 2007), en ligne: sergecar.club.fr <<http://sergecar.club.fr/cours/raison3.htm>>

COOTER, R., « Torts as the Union of Liberty and Efficiency: an Essay on Causation », (1987) 63 *Chi.-Kent L. Rev.* 523

DAVIS, K. C., « Facts in lawmaking », (1980) 80 *Colum. L. Rev.* 931

DELISLE, R. J., « Hearsay Evidence », (1984) *L.S.U.C.S.L.* 59

EWASCHUK, E. G., « Hearsay evidence », (1978) 16 *Osgoode Hall L.J.* 407

FABIEN, C., « L'utilisation par le juge de ses connaissances personnelles, dans le procès civil », (1987) 66 *R. du B. can.* 433

FABIEN, C., « La preuve par document technologique », (2004) *R.J.T.* 533

GONTHIER, C. D., « Le témoignage d'experts: à la frontière de la science et du droit », (1993) 53 *R. du B.* 187

HESLER, N. D., « L'admissibilité des nouvelles théories scientifiques », (2002) 62 *R. du B.* 359

HOUZHI, T., « *The Use of Conciliation in Arbitration* » (26 avril 2007), en ligne: WIPO <<http://www.wipo.int/amc/en/events/conferences/1996/tang.html>>

JAMES, F., « Burdens of Proof », (1961) 47 *Va. L. Rev.* 51

JUTRAS, D., « Expertise scientifique et causalité », dans Service de la formation permanente, Barreau du Québec, *Congrès annuel du Barreau du Québec*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 897

KHOURY, L., « L'incertitude scientifique en matière civile et la preuve d'expert », dans PATENAUDE, P. (dir.), *L'interaction entre le droit et les sciences expérimentales : La preuve d'expertise*, Sherbrooke, Ed. Revue de droit de l'Université de Sherbrooke, 2001, p. 45

KOEHLER, J. J., « When Do Courts Think Base Statistics Are Relevant? », (2002) 42 *Jurimetrics J.* 373

LANDES, W. M. et POSNER, R. A., « Casation in Tort Law », (1983) 12 *J. Legal Stud.* 109

LIMBURY, A. L., « *Med-Arb, Arb-Med, Neg-Arb and ODR* » (26 avril 2007), en ligne: Strategic resolution <<http://www.strategic-resolution.com/documents/Paper%20for%20IAMA%20Forum%203%20August%202005.doc>>

LIPPEL, K., « Droit et statistiques : réflexions méthodologiques sur la discrimination systémique dans le domaine de l'indemnisation pour les lésions professionnelles », (2002) 14 *R.F.D.* 362

LIPPEL, K., « L'incertitude des probabilités en droit et en médecine », (1992) 22 *R.D.U.S.* 445

MACKAAY, E., « Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision », (1979) 12 *Langages* 33

MCCAULIFF, C. M., « Burdens of Proof: Degrees of Belief, Quanta of evidence, or Constitutional Guaranties? », (1982) 35 *V.L.R.* 1293

MCNAUGHTON, J. T., « Judicial Notice - Excerpts Relating to the Morgan-Wigmore controversy », (1961) 14 *V.L.R.* 779

MILLER, C., « Causation in personal injury: legal or epidemiological common sense? », (2006) 26 *Legal Studies* 544

MONAHAN, J. et WALKER, L., « Judicial Use of Social Science Research », (1991) 15 *Law & Hum. Behav.* 571

MORGAN, E. M., « Judicial notice », (1944) 57 *Harv. L. Rev.* 269

PARASCANDOLA, M., « Evidence and Association: Epistemic Confusion in Toxic Tort Law », (1996) 63 *Philosophy of Science* S168

PARASCANDOLA, M., « Chances, Individuals and Toxic Torts », (1997) 14 *Journal of Applied Philosophy* 147

POSNER, R. A., « An economic Approach to the Law of Evidence », (1999) 51 *Stan. L. Rev.* 1477

SHAVELL, S., « An Analysis of Causation and the Scope of Liability in the Law of Torts », (1980) 9 *J. Legal Stud.* 463

SCHIFF, S. A., « The use of Out-of-Court Information in Fact Determination at Trial », (1963) 41 *R. du B. can.* 335

SCHNEIDER, M. E., « *Combining Arbitration with Conciliation* » (le 12 juin 2007), en ligne: lalive <http://www.lalive.ch/files/mes_combining_arbitration_with_conciliation.pdf>

SCHNEIDER, M. E., « Lean Arbitration » (1994), 10 *Arbitration International* 119

TRIBE, L. H., « Trial by mathematics: precision and ritual in the legal process », (1971) 84 *Harv. L. Rev.* 1329

VACARIE, I., « La perte d'une chance », (1987) 3 *R.R.J.* 903

WEX, S., « Judicial Intervention: The «Truth» Theory Versus the «Fight» Theory », (1974) 34 *R. du B.* 220

WRIGHT, R. W., « Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts », (1988) 73 *Iowa L. Rev.* 1001

Encyclopédies et dictionnaires

« *Bon sens* » (le 2 mai 2007), en ligne: agora <http://agora.qc.ca/mot.nsf/Dossiers/Bon_sens>

GAFFIOT, F., « *Dictionnaire latin-français* », Paris, Hachette, 1934

LITTRÉ, É., « *Dictionnaire de la langue française* », t. 4, Paris, Gallimard / Hachette, 1964

MAYRAND, A. et MAC AODHA, M., « *Dictionnaire de maximes et locutions latines utilisées en droit* », 4^e éd., Cowansville, Éditions Y. Blais, 2007

REID, H., « *Dictionnaire de droit québécois et canadien : avec table des abréviations et lexique anglais-français* », 3^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2004

ROBERT, P., REY-DEBOVE, J. et REY, A., « *Le nouveau petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française* », Paris, Dictionnaires Le Robert, 2006